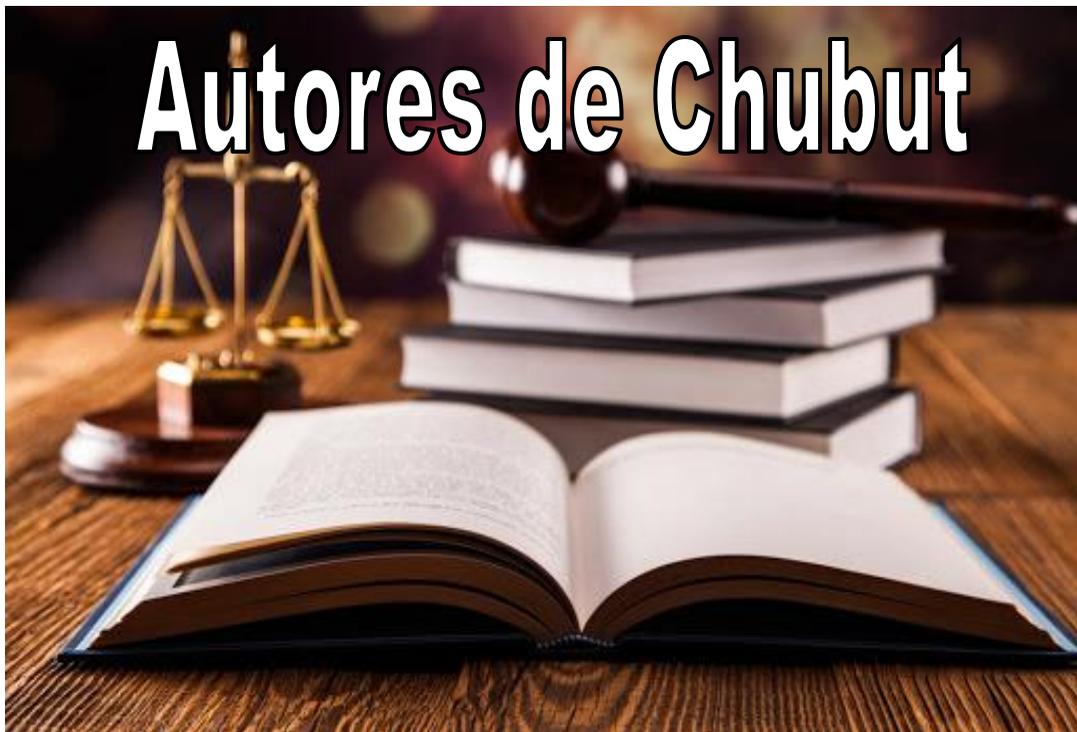




Dossier doctrinario

Autores de Chubut



Dr. Aldo Luis De Cunto

Compilado por TSB Adriana Martínez y TSB Patricia Lincheo
Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Trelew**
Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados a la fecha por el Dr. Aldo Luis De Cunto.

Dirección de Bibliotecas

Superior Tribunal de Justicia del Chubut

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia del
Chubut Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut

bibliotw@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Contenido

Sobre el autor.....	6
Derechos humanos y bien común: un tema de filosofía política en el fondo de un fallo judicial	10
La pena de muerte y el bien común	31
Aborto y Derechos Humanos.....	49
Bien común, familia y derechos del menor.....	80
El poder constituyente originario. Consideraciones sobre su naturaleza y ejercicio	115
Acerca de la relación entre las funciones de los partidos políticos y la distribución de los fondos estatales a los mismos.....	153
El análisis económico del Derecho y algunas de sus aplicaciones en el campo de la Responsabilidad Civil en el Derecho Privado Argentino	168
La dinámica procesal civil en el Uruguay	230
Normas, principios y valores en el texto constitucional	235
Algunas consideraciones acerca del artículo 10 de la Constitución provincial y del control de constitucionalidad de oficio	250
La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito	273
La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito.....	324

Relaciones entre la función de los partidos políticos, su financiamiento y los derechos constitucionales	395
El otro Kelsen, ¿era jusnaturalista?	410
El matrimonio y la autonomía personal (a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo pero no exclusivamente acerca del mismo)	443
El nuevo Código Civil y Comercial y los principios constitucionales: recepción.....	493
La Autonomía Municipal en la Constitución del Chubut.....	527
El Código Civil y Comercial y los principios constitucionales: su recepción	558
Dignidad, autonomía y libertad contractual	586
Consideraciones jurídicas sobre el concepto de “lawfare”	621

Sobre el autor



ALDO LUIS DE CUNTO

Procurador y Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. (Fecha de expedición del título: 24 de abril de 1986).

Posgrado de Especialización en Derecho Contractual y de Daños. Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (Fecha de expedición del título: 6 de agosto de 2002).

Posgrado de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (título en trámite). Título de la tesis de maestría: “El rol del principio de la autonomía personal en la constitucionalización del derecho privado patrimonial” aprobada en noviembre 2018.

Mediador matriculado en el Registro Provincial de Mediadores del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

Funciones honorarias por designación

Miembro de la Comisión de estudio de la Justicia de Menores y de Familia del Poder Judicial de la Pcia. del Chubut y coautor del Anteproyecto de Ley de Creación del Fuero de Familia y del Menor para la Provincia del Chubut -con felicitación del Superior Tribunal de Justicia del Chubut-.

Miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley Integral del Niño y el Adolescente para la Provincia del Chubut.

Miembro de la Comisión de estudio para la redacción de un nuevo Código Procesal Civil, Comercial, Laboral y Contencioso-Administrativo para la Provincia del Chubut.

Desempeño laboral y profesional

Auxiliar de Sexta en el Juzgado Nacional de 1era. Instancia en lo Civil N° 11 de Capital Federal (marzo de 1985 a noviembre de 1987).

Auxiliar de Quinta en el mismo juzgado (noviembre de 1987)

Secretario del Juzgado de 1era. Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires (17 de noviembre de 1987 hasta el 31 de enero de 1994).

Titular del Juzgado de 1era. Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 de Trelew, provincia del Chubut (1 de febrero de 1994 hasta el 1 de agosto de 2007).

Juez de Cámara de la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de Trelew, provincia de Chubut (1 de agosto de 2007 hasta la actualidad).

Ejercicio de la docencia Universitaria

Ayudante alumno desde noviembre de 1984 a octubre de 1985 en la materia Derecho Político, cátedra del Dr. Germán José Bidart Campos, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Ayudante Docente de Segunda por concurso desde 1986 hasta 1988, Ayudante Docente de Primera desde 1988 hasta 1990 y Jefe de Trabajos Prácticos desde 1990 -estos dos últimos cargos por promoción-, en la materia Teoría del Estado, cátedra del Dr. Germán José Bidart Campos, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Ayudante Docente desde 1987 hasta 1990 en la materia Derecho Político, cátedra del Dr. Julio María Ojea Quintana, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina.

Profesor Adjunto Interino desde 1991 hasta 1994 en la materia Teoría del Estado, y durante 1992 en la materia Derechos Humanos y Garantías, cátedras del Dr. Germán José Bidart Campos, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Profesor Adjunto a cargo de cátedra desde febrero de 1994 hasta 2000 de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Cs. Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y Profesor Adjunto Ordinario (por concurso) a cargo de la misma cátedra desde agosto de 2000 hasta marzo de 2016.

Profesor Titular Regular (por concurso) de la cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Cs. Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco desde marzo de 2016 hasta la actualidad.

Profesor Adjunto, desde mayo de 1994 hasta marzo de 1995 de Derecho Político y desde abril de 1995 hasta abril de 2009, de

Derecho Constitucional en la Escuela Superior de Derecho -luego Facultad de Ciencias Jurídicas- de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Profesor Adjunto Regular (por concurso) de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, desde el 1 de abril de 2009 hasta la actualidad (Jurado del concurso integrado por los Dres. Gregorio Badeni, Daniel Sabsay y Adolfo Ziulu).

Profesor Tutor -con rango de Jefe de Trabajos Prácticos- desde mayo de 1994 hasta diciembre de 2004 en las materias Teoría y Derecho Constitucional y Derecho Público en la Carrera de Ciencias Políticas de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Obras publicadas

De Cunto, Aldo Luis. *Los conflictos de principios en el derecho privado*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

-Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Trelew, dos ejemplares donados por el Autor.

Derechos humanos y bien común: un tema de filosofía política en el fondo de un fallo judicial

por Aldo Luis De Cunto

Publicado en: El Derecho T. 144, p. 974-982.

[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

I. El fallo en cuestión y el propósito del presente trabajo. - II. Interés práctico del tema. -III. El contenido antropológico-estructural del bien común. - IV. El bien común y los derechos del hombre. - V. Análisis de la luz del desarrollo integral de la persona. - VI. La homosexualidad, el bien común y los derechos humanos.

I. El fallo en cuestión y el propósito del presente trabajo

La sentencia judicial a partir de la cual intentamos abordar, por supuesto sin agotar, el tema de filosofía política acerca de la relación entre los derechos humanos y el bien común, es la dictada por la sala I de la Cámara Nacional en lo Civil el pasado 12 de julio de 1990 en la causa caratulada: “Comunidad Homosexual Argentina c. Inspección General de Justicia s/personería jurídica” (1). El fallo confirma la resolución del inspector general de Justicia (2) por la cual se denegó la personería jurídica solicitada por la Comunidad Homosexual Argentina.

Excede el propósito de este trabajo analizar todos los argumentos jurídicos que fundamentan la decisión de la Cámara, por lo que tampoco nos detendremos en la aclaración previa que el Tribunal hace con relación a su limitada competencia respecto del

control de razonabilidad de la resolución recurrida. La sentencia se aboca básicamente en examinar si la asociación recurrente tiene por principal objeto el bien común, recaudo exigido por el art. 33 del Cód. Civil para la existencia de las asociaciones como personas jurídicas de carácter privado. Para ello reseña distintas nociones de bien común, destacando entre otros conceptos que “bien común supone, en primer lugar bienes, que como tales satisfacen necesidades del hombre, perfeccionándolo, y al mismo tiempo que son comunes, o sea susceptibles de ser obtenidos y participados por todos en forma solidaria” (3) . Cita también la caracterización que da la Corte Suprema de Justicia de la Nación como “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su perfección” (4).

A la luz de la noción de bien común el Tribunal no duda en decidir que los propósitos de la Comunidad Homosexual Argentina (C.H.A.), contenidos en su estatuto al incluir “no solamente la protección de las personas homosexuales frente a discriminaciones arbitrarias sino también la pública defensa de la homosexualidad, en sí misma considerada con vistas a su aceptación social”, no tienen por principal objeto el bien común (5). Se prosigue discutiendo acerca de la homosexualidad como condición humana contraria a los principios de derecho natural, de la ética católica, de nuestra moralidad pública y de afectar además las bases de la institución familiar.

Por último el fallo destaca que la denegación de personería recurrida no implica violación de derechos elementales, aclarando que no avanza sobre la dignidad propia de la persona, no compromete el derecho de asociación ni avala ningún tipo de discriminación arbitraria, entre otros conceptos.

De lo dicho, entonces vemos que en el fallo hay dos partes bien diferenciadas, una en la que se desgana la noción de bien común y de otros principios o valores que en verdad lo componen. A partir de esa noción, concluye en la falta de concordancia entre los propósitos de la C.H.A. y el bien común. La otra parte del decisorio se

explaya acerca de los derechos del hombre, o humanos, que podrían verse comprometidos por la denegación de personería recurrida. Y es justamente este tema, el del bien común y los derechos humanos el que nos interesa analizar, para hacer un examen del fallo desde este ángulo de la filosofía política,

II. Interés práctico del tema

Nos interesa enfocar la relación entre bien común y los derechos humanos, porque entendemos que es un capítulo central de la filosofía política y cuyos efectos prácticos se ven en la sentencia referenciada. En efecto, las críticas que se han alzado contra la misma en distintos canales de comunicación social, son coincidentes en señalar la vulneración de los derechos humanos que en ella se concreta, en especial, los derechos de libertad de conciencia, de igualdad, de asociación y en definitiva se vulneraría la propia dignidad de la persona en sí misma, en cuanto sería objeto de discriminación. Sin embargo, quienes critican el fallo, no están por ello contra el concepto de bien común, al contrario, consideran que es la decisión Judicial la que hace un equivocado análisis del mismo. A su vez, entre las opiniones favorables al decisorio, se considera que el mismo da respuesta satisfactoria a la noción de bien común y de derechos humanos.

La cuestión excede el marco de la condición de homosexual, y no es nuevo el invocar al bien común como el “orden dinámico” en el que los derechos del hombre deben desenvolverse y ejercitarse, o también es entendido como límite a los mismos, de lo cual se deduce que éstos no son absolutos. Así, por ejemplo entre las voces justificatorias de la pena de muerte, algunas de ellas aducen estrictas razones de bien común. En este caso el bien de la comunidad política exigiría en ciertas circunstancias el sacrificio del bien individual de una persona que en este caso se concretaría en la anulación de su derecho a la vida.

Como se puede apreciar, la invocación del bien común como límite o cercenamiento de los derechos humanos puede dar lugar a consecuencias nefastas en la práctica política. Sabemos que el régimen nacionalsocialista entendía proteger el bien de la nación al ordenar el exterminio de la población judía; los regímenes comunistas consideran defender los derechos de la comunidad de trabajadores y para ello no ahorran violaciones a la libertad de expresión, a la libertad cultural, al derecho al disenso, llegando también al sacrificio de vidas humanas. Aun los defensores del apartheid justifican su accionar en la necesidad de un mejor ordenamiento de las relaciones entre las múltiples razas que habitan en Sudáfrica. En todos esos casos se podría aducir que es el bien de la comunidad lo que se intenta salvaguardar y por ello deben sacrificarse ciertos derechos individuales o “libertades burguesas”, según la terminología marxista. Esto nos lleva a pensar en la fragilidad de los derechos humanos cuando su fundamento es el mero consenso humano de la población (6). En nuestra historia remota y reciente hay casos conocidos al respecto, el último más sonado fue la desaparición sistemática de personas, ante lo que podría denominarse un “consenso pasivo y forzado”.

Y en este caso, ¿no se trató acaso de buscar una justificación en la seguridad nacional, esto es, la defensa y protección del bien de la comunidad nacional?

En todos los ejemplos de la historia política que hemos enunciado se da un cercenamiento de los derechos humanos en homenaje a un valor que se considera más alto, el bien de la comunidad. Ahora bien, ¿existe tal antagonismo entre el bien común y los derechos humanos? Para responder a esta pregunta, debemos clarificar ante todo los conceptos del bien común y derechos humanos, pero muy especialmente el primero ya que del contenido que se le dé, dependerá mucho su contraposición con los derechos humanos. Ningún interlocutor prevenido se presentará como un enemigo del bien común, mas eso conlleva justamente a que bajo ese concepto se pretende incluir realidades diversas y hasta contradictorias. Y el hecho de que tanto los detractores como los

apologistas del fallo que nos ocupa presenten por igual sus opiniones como en un todo conforme con la noción de bien común, no hace más que confirmar lo expresado en el párrafo precedente.

III. El contenido antropológico estructural del bien común

Para analizar el concepto de bien común, nos ha parecido atinado recurrir a la obra de Avelino Manuel Quintas, *Análisis del bene comune* (7), ya que la exhaustiva investigación que allí se efectúa del tema nos obliga a tomarla como referencia.

Existe una postura que podría resumirse en la consideración de la superioridad de la comunidad por sobre la persona, en consecuencia del bien común sobre el bien personal. Esta concepción, no necesariamente puede partir de una negación total del valor de la persona, como sí encontramos en posturas netamente totalizantes que asignan al ser humano la mera condición de parte de un todo más amplio y superior, llámese raza, proletariado, nación, etc. (nacionalsocialismo, comunismo, fascismo). Puede ocurrir que se asigne un valor a la persona, siempre y cuando la misma se integre y sea solidaria con el bien de la comunidad, porque es de esa manera como la persona logra su plena perfección. Así en la práctica se podría razonar de la siguiente forma: “es bueno que la persona estudie, porque la cultura es un bien para ella; pero no deben divulgarse ciertas ideas revolucionarias, porque se pondría en peligro la tranquilidad de la comunidad, por ello es bueno para la persona no estudiar estas ideas”. Este tipo de razonamiento ha sido muy común en muchos regímenes autocráticos que si bien no comparten la fundamentación teórica de los totalitarismos que niegan todo valor a la persona en sí, en la práctica caen en sus mismos errores fatales (podría incluirse aquí al falangismo español y a las dictaduras sudamericanas).

El error de esta posición está en hacer depender en cuanto a su fundamento, el bien de la persona en el bien de la comunidad. Pero ocurre que la comunidad no es un ente abstracto, separado de las

personas, sino que está compuesta por seres humanos. Es cierto que la comunidad no es la mera reunión o conjunto de personas como entiende el individualismo, y que además el hecho de vivir en comunidad hace a la esencia de la persona, por lo que no le es permitido a ella automarginarse sino bajo el riesgo de la autodegradación que conlleva la experiencia de una vida carente de todo lazo con los demás (8). Vale decir, la persona encuentra su bien en el bien común; en este sentido el bien común es superior a los bienes individuales porque justamente los promueve, es “personalizante”, la calidad del bien común es superior a la suma de los bienes individuales ya que el mismo consiste en una intensificación cualitativa del bien de la persona (9).

Ahora bien, lo que nos interesa destacar y que nos llevó a indicar como error el fundar el bien de la persona en el bien de la comunidad, es que el bien común tiene un contenido, podríamos decir una “materia prima”, que está dado justamente por los valores o bienes que perfeccionan a la persona (10). Y esto es así, porque carece de sentido hablar de sociedad, comunidad y de bien común si estos conceptos no se referencian al concepto de persona, ya que la persona es una realidad “substantial”, mientras la sociedad política es una realidad “accidental relacional” que se apoya en aquélla. Y su bien, el bien común y el bien de la persona también son realidades “accidentales”, porque necesariamente deben referirse a una realidad substantial (11). Resumiendo, no se avanza gran cosa diciendo que el bien de la persona consiste en su conformidad con el bien común, si antes no definimos el contenido de éste que como bien de la sociedad política debe hallarse, a su vez, en la persona humana que es la realidad substantial en la cual se apoya la sociedad. Sin esta explicitación se corre el riesgo de arribar a la claudicación de la persona y a la supresión de su valor en beneficio de un bien común vaciado de su verdadero contenido, como lamentablemente enseña la historia.

Es así que estamos de acuerdo en que el bien común es un fin, el fin de la comunidad y también de la persona, porque en él encuentra

su bien individual, pero justamente por eso el bien común no puede anular o limitar a la persona y a su bien personal, al contrario, los debe plenificar. Reiteramos que el contenido de todos estos conceptos (comunidad, bien común, bien personal) debe apoyarse en el concepto de la persona humana, sin cuya referencia los mismos quedan incompletos, vaciados y lo que es peor susceptible de ser llenados con cualquier otro contenido.

Para explicarlo con una comparación tomada de la obra de Quintas (12), el bien común es el fin de la sociedad política e indirectamente de la persona, y es una realidad inmanente a aquélla como la salud al cuerpo, por eso éste debe tender a la salud. Ahora bien, así como no esclarece nada aseverar que el cuerpo debe tender a un estado de salud si no se precisa que la salud es justamente el estado idóneo para el mejor cumplimiento de las funciones específicas del cuerpo, lo que se infiere del análisis de la estructura del mismo, para desentrañar en qué consiste el bien común al que debe tender la persona, habrá que estar a la estructura de esta última y conocer las exigencias de la misma para alcanzar su mejor desarrollo.

Llegados a este punto, nos parece ilustrativa la primera definición que da Quintas del bien común político, en la que se explicita la necesaria referencia a la persona para conocer el contenido de aquél: “es el recto ordenamiento de los bienes de una sociedad política, en tanto sea comunicable a sus miembros para su desarrollo integral y pueda ser logrado mediante la colaboración de los mismos” (13). Es fundamental, a nuestro juicio, el elemento teleológico que aparece en la definición al hacerse referencia a su comunicabilidad para el desarrollo integral de los miembros de la sociedad política, que son obviamente las personas. Es así que la condición de “fin” del bien común, no impide que en su definición se haga referencia a que el mismo deba favorecer el desarrollo integral de la persona, lo cual no lo convierte en un “medio”, lo que filosóficamente sería imposible porque es un fin.

Este elemento teleológico que para nosotros está dado en la referencia al desarrollo integral de la persona, es en definitiva lo que otorga substancial contenido al bien común, porque si bien como fin no está al servicio de la persona sino que ésta debe dirigirse hacia él, no es menos cierto que sólo conociendo las exigencias estructurales de la persona para lograr su desarrollo integral se puede conocer el contenido del bien común.

Concluyendo el razonamiento, podemos decir que para indicar que la persona debe orientarse hacia un determinado fin (bien común), debemos previamente saber que este fin es beneficioso para el logro de las funciones específicas de la persona, en otras palabras para su desarrollo integral.

Ya podemos vislumbrar entonces, por qué hablamos en el título de este apartado del “contenido antropológico-estructural” del bien común. Este no tiene cualquier contenido, sino sólo aquel que desarrolle integralmente a la persona, que responda a la estructura del ser humano, la cual es cognoscible mediante la antropología filosófica. Y aquí viene el siguiente interrogante: ¿cuál es el desarrollo integral de la persona?, lo que a su vez lleva a preguntarnos: ¿existe un solo concepto de estructura o naturaleza humana? No podemos dar a esta segunda pregunta otra respuesta que no sea la afirmativa, que se funda en nuestro caso en una postura objetivista con relación a los valores que desarrollan al hombre. Esta objetividad de los valores (14) se alcanza a comprender cuando vemos que el fundamento de los mismos descansa en las propias necesidades del hombre, las que son verificables en la experiencia concreta. Y estas necesidades nos manifiestan a su vez cuál y cómo es la estructura del hombre la que es captada por nuestra inteligencia y que responde a un contenido objetivo, ya que es “deducida” en base a las necesidades que son objeto de verificación experiencial. Consecuentemente lo que satisface una necesidad de la persona será un valor y lo que se opone a ello un disvalor. Así Quintas da el ejemplo de la nutrición como valor porque desarrolla al hombre, lo cual es verificable, siendo una enunciación

valorativa verdadera la valoración política: “promover la nutrición de las personas es un bien” (15).

Sentado lo anterior, observamos que es posible mediante la verificación experiencial conocer las necesidades del hombre y a partir de ellas elevarnos mediante la actividad intelectual y conocer su estructura y a su vez determinar los valores que lo desarrollan globalmente. Siguiendo siempre la obra de Quintas (16), podemos señalar que nuestra experiencia nos muestra que el hombre tiene una vida vegetativa (se alimenta, crece, se reproduce) y una vida animal que se manifiesta en el conocimiento del mundo exterior mediante los sentidos (vista, oído, tacto, olfato, gusto). Este conocimiento sensitivo nos permite conocer cosas corporales, es decir que podemos ubicar en el tiempo y en el espacio; pero la persona además cuenta con la capacidad específica, porque sólo ella la tiene, de conocer cosas que superan las circunstancias témporo-espaciales. Así podemos conocer la idea de árbol, de triángulo, del amor y hasta nuestro propio “yo”; la persona puede conocerse a sí misma. Es el conocimiento intelectual, de naturaleza espiritual ya que excede lo meramente corpóreo y que completa la estructura del hombre con la vida intelectual. Ahora bien, esta capacidad intelectual requiere del conocimiento sensitivo, ya que observando cómo son las cosas corporales (“este hombre”, “este árbol”), podemos a su vez elevarnos a la idea de “hombre”, de “árbol”, etc. Y para un correcto funcionamiento de los sentidos, es necesaria la vida vegetativa para conservar nuestro organismo y nuestra psiquis en un estado de salud óptimo para el desarrollo de nuestras potencialidades. A su vez dentro de la vida intelectual, ubicamos dos elementos necesarios para la actividad intelectual del hombre: la inteligencia y la voluntad. Mediante la primera el hombre conoce aquellas realidades que exceden lo corporal, como por ejemplo: la maldad o bondad de una acción, y la misma ilustra a la voluntad, que es la actividad tendencial del hombre por la cual, una vez conocida una realidad, se la quiere o se la rechaza. Es obvio que para el correcto cumplimiento de la actividad intelectual es un presupuesto necesario la libertad psicológica de la persona, es decir, la posibilidad de que la persona “conozca” y “quiera” mediante un acto

libre de presiones u obstáculos que alteren su capacidad de autodeterminación. Caso contrario, la persona, al no contar con la posibilidad de decidir libremente sus actos, tampoco sería responsable de los mismos.

En muy apretada síntesis han quedado bosquejados los tres tipos de “vida” que encontramos en la naturaleza humana, cuya unidad está dada por el elemento espiritual de la misma. Es también un dato de la experiencia que para lograr el desenvolvimiento de su naturaleza, la persona necesita de los demás. Para alimentarse, para enriquecerse culturalmente, para amar, el hombre está abierto al prójimo. Esta apertura es estructural, ínsita en la naturaleza humana, como ejemplo basta constatar el dato concreto del lenguaje, la posibilidad de hablar, la que no tendría sentido si la persona no estuviera “dirigida” a la comunicación. Esto nos revela a su vez la sociabilidad natural del hombre, el hombre necesita de los demás y necesita contactarse con los demás para lograr su desarrollo integral. Y no sólo es social, también es político por naturaleza, ya que el cumplimiento de sus funciones específicas requiere que los distintos grupos sociales que conforma (familia, asociaciones culturales, laborales, etc.) encuentren un marco en un grupo mayor que es la sociedad política, la cual, teniendo en cuenta los fines sectoriales, marque el rumbo hacia un fin más global. Este fin más global es, obviamente, el bien común (17). Y así cerramos el círculo, el bien común es el fin de la comunidad política porque en él la persona logra el desarrollo integral de su naturaleza, de allí que el bien común político no puede tener otro contenido que aquellos valores que satisfacen las necesidades de la persona conforme la estructura antropológica reseñada precedentemente.

En cuanto a estos valores que desarrollan integralmente a la persona, se podrían efectuar diversas tipificaciones Y estructuras. Tomando la escala que detalla Quintas (18), tenemos que el desarrollo y el bien integral del hombre necesita: específicamente: valores de la religiosidad, valores culturales, valores de la prudencia moral; positivamente: valores morales sociales, valores morales

individuales y valores vitales; e instrumentalmente: valores económicos. La referencia a la necesidad específica de los tres primeros tipos Y que están al tope de la escala, se debe a que son los que satisfacen las funciones específicas del hombre, esto es, la vida intelectual. Debe aclararse que los valores de la religión no se corresponden exclusivamente con la creencia en un Ser superior, sino a los valores que conducen al hombre a preguntarse por una razón última de la realidad, independientemente de la respuesta afirmativa o no a este interrogante. Respecto de los valores que se requieren dispositivamente, se trata de aquellos que “disponen”, es decir, favorecen mediante la conformación de un estado óptimo, el desarrollo de la persona. Así la nutrición es un valor vital, el equilibrio psicofísico es un valor moral individual, la justicia, la solidaridad, la amistad son valores morales sociales. Y finalmente los valores económicos son aquellos bienes que “instrumentalmente”, esto es, como medios, nos permiten alcanzar otros valores (comida, cultura, etc.) y así satisfacer nuestras necesidades.

Como resumen de lo apuntado en este apartado podemos concluir que la persona debe tender al bien común (en el cual encuentra su bien personal), que es el fin de la comunidad política, a la que “naturalmente” pertenece la persona, porque sólo en ella le es dado alcanzar su desarrollo integral. Claro está, que justamente por ello, el bien común no puede tener otro contenido que los valores que favorecen ese desarrollo integral de la persona, los que son conocidos a partir de las exigencias y necesidades que deben ser satisfechas para que el ser humano pueda plenificar sus potencialidades naturales (vida vegetativa, sensitiva e intelectual).

En este sentido consideramos correcto decir que el bien común, sin olvidar su naturaleza de fin, es para el hombre, y también en este sentido se puede agregar que el Estado es para el hombre y no viceversa (19).

IV. El bien comen y los derechos del hombre

Si como vimos anteriormente el hombre cuenta con una naturaleza objetiva, que nos es permitido conocer al menos parcialmente a través de la experiencia sensitiva en cuanto nos muestra las necesidades humanas y de la actividad intelectual, y que para la plenificación de la misma, la persona necesita de ciertos valores que favorecen su desarrollo integral, debe deducirse que el ser humano es acreedor a tales valores. Esos créditos son los derechos del hombre, derechos que encuentran su fundamento en la naturaleza objetiva de la persona y no en el ordenamiento jurídico-político de un estado, ni en la decisión popular de la mayoría. Los derechos de la persona son las “acreencias” de las que es titular, y mediante cuyo reconocimiento y satisfacción le es permitido al hombre lograr su desarrollo integral. Consecuentemente, el Estado no “declara” los derechos de la persona, sino que los “reconoce”, porque los mismos tienen un fundamento preexistente y que es la propia estructura antropológica. Y si bien excede el propósito de este trabajo indagar si la naturaleza humana responde a los designios de un Ser superior o no, debemos expresar nuestra adhesión a la posición según la cual, no podría reconocerse una naturaleza humana objetiva si la misma no reposara en otra naturaleza más digna, que la supere, ya que si no hubiera una instancia superior al hombre, éste, ya solo o en mayoría, podría desconocer y hasta aniquilar los derechos de los demás (20). Justamente, el haber sido creada a imagen y semejanza de ese Ser superior, confiere a la persona una especial dignidad que obliga a les demás a respetarla.

Así, ensamblando lo analizado hasta aquí, podemos decir que el hombre necesita de “valores” para el desarrollo integral de su naturaleza, por ello tiene “derechos” para alcanzar tales valores, “derechos” que necesariamente deben ser reconocidos por la sociedad política, ya que la misma encuentra su fundamento, su “causa eficiente”, en la sociabilidad y politicidad estructurales de la persona para la plenificación de su ser, Y el bien común, como fin de la sociedad política, tiene un contenido específico suministrado por los valores humanos, por lo tanto, lejos de limitar y anular los derechos

del hombre, el mismo consiste justamente en el “reconocimiento” de ellos. Resumiendo aún más lo razonado, podemos manifestar que los derechos de la persona constituyen el contenido del bien común.

Las consecuencias prácticas de lo expuesto son evidentes. Así no se puede torturar, ni privar a la población del alimento básico, ni condenar sin escuchar al acusado, ni prohibir el estudio de ciertas ideas, ni imponer una determinada religión, todo ello en “aras del bien común”, porque se, estaría negando la integridad física de la persona, su nutrición, el valor de la justicia, el enriquecimiento cultural que supone una actividad exenta de limitación alguna en cuanto implica necesariamente la existencia de la libertad psicológica, y la libre búsqueda de la Verdad, de la razón última de la realidad; todos ellos, valores que, como vimos, responden a la específica estructura del ser humano.

Y es en este punto donde nos ronda en la cabeza otro interrogante: ¿pero, si a veces el Estado nos pide sacrificar o nosotros mismos posponemos nuestros derechos o nuestro “bien” en pos de algo que reconocemos superior?, ¿ese algo, no es acaso el bien común? A esta pregunta y para ser consecuentes, debemos decir que siempre la pauta para saber hasta dónde llegan nuestros derechos es nuestro propio bien, nuestro propio desarrollo integral, que por supuesto, no es el bien o el desarrollo de un ser aislado y egoísta, sino todo lo contrario, de un ser abierto al respeto, a la solidaridad y al amor hacia los demás, porque así es nuestra naturaleza objetiva. Por eso, no es que los derechos se limiten, sino que los derechos como “acreencias” a los valores, existen en la medida en que se “homenajea” o se realiza un determinado valor, y tampoco posponemos nuestro bien por el de los demás o el de la comunidad, sino que justamente lo privilegiamos, quizás renunciando a “un” bien personal, para lograr “el” bien personal.

V. Análisis de la homosexualidad a la luz del desarrollo integral de la persona

Luego de este necesario análisis de la relación entre bien común y derechos humanos, debemos retornar a nuestro caso concreto de estudio, esto es, la sentencia denegatoria de la personería jurídica a la C.H.A., y la valoración que podemos hacer de la misma desde la filosofía política. Debemos recordar que el fallo deniega la personería requerida por interpretar que la C.H.A. no persigue como finalidad principal el bien común, tal como lo exige el art. 33 del cód. civil. Esto significa que a la luz de lo que hemos examinado, la C.H.A. no perseguiría como principal objeto los “valores” que hacen al desarrollo integral de la persona y en consecuencia, no tendría derecho al reconocimiento estatal requerido. Pues bien, para concluir en esta aseveración, es fundamental indagar el concepto de homosexualidad. No nos proponemos aquí analizar la homosexualidad desde puntos de vista que no nos son permitidos por carecer de los conocimientos técnicos y científicos necesarios, por lo tanto no nos es dado efectuar un estudio médico o psicológico de la homosexualidad.

Sin duda tales enfoques son necesarios Para una comprensión cabal del tema, y como tema humano que es, forzosamente deben acudir a su elucidación todas las ciencias que tienen por objeto al hombre. Lo dicho no empece a que aquí, nos circunscribamos a un análisis del problema desde la filosofía política, ya que sólo nos interesa focalizar la homosexualidad y su relación con el bien común como fin de la sociedad política.

Explicitado lo anterior, aparece a nuestro 'luido, determinante la atribución que hacen los sentenciantes a la condición homosexual del carácter de desviación, más exactamente de “desviación del instituto sexual normal” (21). Es justamente esta aseveración la que nos parece necesario examinar a la luz de lo razonado en los aparts. III y IV.

Dijimos que era un dato de la experiencia concreta, y por lo tanto verificable, que la persona tiene una vida vegetativa, dentro de cuyas funciones enumeramos: crecer, alimentarse, reproducirse, etc. La vida vegetativa sería así como el presupuesto orgánico que permite el cumplimiento de las funciones de la vida animal o sensitiva y de la intelectual, porque tiene por finalidad conservar la “vida” de la persona, y con ella se relacionan fundamentalmente los valores vitales. Dentro del concepto de “conservación” de la vida, está sin duda la función de reproducción, que se corresponde con la capacidad o posibilidad del hombre de dar origen a otro ser de la misma especie, perpetuándose de esa manera la misma.

Ahora bien, esa capacidad se concreta en la experiencia de la unión genital entre el “hombre varón” y el “hombre mujer”, y en correspondencia con esta experiencia, la anatomía estructural del ser humano está conformada de tal manera que sólo permite este tipo de unión mediante el acceso vaginal. Pero sería muy reduccionista fundar sólo en la función reproductiva la natural división y complementación de la especie humana en varón y mujer. Es un dato de la experiencia, asimismo, la armonía física e incluso estética de la pareja “varón-mujer”, cosa que no ocurre entre “varón-varón” o “mujer-mujer”. Y es más, existe una complementación que trasciende lo meramente corporal, que se da a nivel psicológico-afectivo, que sólo se encuentra entre el varón y la mujer, dadas las diferentes estructuras psíquicas de ambos. Por lo demás se reconoce como un hecho objetivo la importancia de la familia como primer grupo socializador de la persona la cual tiene lugar a partir de la unión del varón y la mujer.

Por negar funciones y aspectos estructurales de la naturaleza humana entendemos que la homosexualidad es una desviación. Se podría refutar que aquellos que se mantienen cébiles, por decisión propia o no, sin ser homosexuales, también estarían incurriendo en desviaciones, al negarse a la experiencia de ciertas funciones estructurales de la persona. Así se daría con los sacerdotes católicos, o con quienes no se casan o simplemente no viven en pareja. Entendemos que estos casos no son asimilables a la homosexualidad

como desviación. En el caso de un sacerdote se renuncia a la riqueza de la vida conyugal por valores más elevados, valores de la religiosidad, de búsqueda de la Verdad, que habíamos incluido siguiendo a Quintas, en la cumbre de la escala jerárquica.

En cuanto a quienes, optando o no, se mantienen célibes, más allá de los motivos particulares de cada caso y de las carencias que para el desarrollo integral como personas pueden sufrir al no experimentar la unión conyugal, no se da aquí la elección de otro tipo de unión que contradice y excluye a la del varón y la mujer, como ocurre en la homosexualidad. Es decir, hay un retraimiento a la vida conyugal o de pareja intersexual, por motivos particulares que en cada caso habrá que ver si comportan desviación o no, pero no hay una negación de la misma que se exprese en la opción por otra unión que la excluye.

Todo lo expuesto hasta aquí, de ninguna manera Importa colegir que los homosexuales por tal condición no puedan plenificar otros aspectos parciales de su naturaleza humana y dar actualización concreta a otros valores también ínsitos en la estructura de la persona como la amistad, el amor filial, la justicia, la cultura, la ética profesional, etc.; sin perjuicio de señalar a la homosexualidad como desviación grave, porque importantes son los aspectos y funciones que hacen al desarrollo de la persona que son negados u obstruidos por ella.

VI. La homosexualidad, el bien común y los derechos humanos

Habiendo concluido en el carácter de desviación de la homosexualidad, dado su disvalor respecto de las exigencias estructurales de la naturaleza humana para su desarrollo integral, encontramos acertada la decisión judicial en cuanto establece que la C.R.A. no tiene por principal objeto el bien común. Para ello adherimos a lo expresado en la sentencia respecto a la defensa pública que de la condición de homosexual persigue la entidad, más allá de los propósitos manifestados en sus estatutos, algunas de los cuales, tomados aisladamente, nos parecen loables (22).

Ahora bien, defender públicamente la condición de homosexual e identificarla como una opción sexual de vida personal tan legítima como la heterosexual, no contribuye a la difusión de los valores que hacen al desarrollo integral de la persona, ya que como dijimos, la homosexualidad importa una desviación respecto de la estructura humana objetiva. Consecuentemente, como tales valores componen el contenido del bien común, no es éste el objeto de la mencionada comunidad. Y al haber expresado que como “acreencias” a tales valores, los derechos humanos integran el bien común, tampoco está entre sus fines la defensa de tales derechos.

Por supuesto que lo expuesto no importa un juicio adverso respecto de la sinceridad e intención de los miembros de la C.H.A. al considerar que su asociación busca el bien común y la defensa de los derechos humanos. Lo aquí razonado sólo ha tenido por objetito dar un fundamento desde la filosofía política a la decisión judicial que nos ocupa, en cuanto a la denegación de personería que ella contiene, y sin entrar a analizar todos los argumentos de la misma, algunos de los cuales quizás considerados aisladamente, no nos parecen acertados (23). Pero así como consideramos correcta la denegación de la personería jurídica a la CHA, porque, en cuanto tiene como fin primordial la defensa pública de la homosexualidad en sí que es una desviación, no busca el bien común ni la defensa de los derechos humanos, ello no implica que deba perseguirse a sus miembros ni prohibirse la expresión de los mismos. Es más, el accionar de la C.H.A. como asociación no puede ser avalado por el Estado mediante el reconocimiento oficial, pero tampoco debería ser prohibido ni reprimido, ya que no estamos, es ocioso aclararlo, en presencia de una asociación de delincuentes. Es decir, su actividad no tiende al bien común, por ello no debe otorgársele personería jurídica; mas su objeto no importa la apología de algún delito penal que merezca a represión legal. Su status debe ser el de una asociación de hecho sin personería jurídica, lo que obviamente limita su actividad en gran medida, pero que no le impediría, entre otras cosas, realizar comunicados públicos.

Finalmente, consideramos pertinente terminar este trabajo, haciendo mención al tema de las discriminaciones arbitrarias y las que no lo son, tema que trata el doctor Mazzinghi en el artículo referido más arriba (24). Al respecto, es bueno recordar, que una cosa es estar frente al accionar de una asociación que tiene por objeto la defensa de la condición homosexual en sí y otra muy distinta es estar frente a la acción de una persona homosexual. La pauta para conocer aquí la arbitrariedad o no de una discriminación es siempre la referencia al desarrollo integral de la persona. Así, para poner un ejemplo por demás grosero, a nadie se le ocurriría negar alimentación a un homosexual. Pero es posible que encontremos opiniones favorables a la negación de un puesto de trabajo a un homosexual. Y nos preguntamos: ¿si esa persona ha estudiado y se ha perfeccionado para el cumplimiento de esa tarea, no le estaríamos negando indirectamente el derecho a ganarse la vida y con ello su alimentación, mediante el trabajo?

Admitimos la existencia de situaciones que pueden no importar discriminaciones arbitrarias, como el caso de negar un empleo de docente a un homosexual en un colegio de niños del mismo sexo que el interesado, por estar allí en juego el desarrollo de los niños a quienes esta persona tiene la misión de educar. Claro que habrá que tener en cuenta ciertas circunstancias particulares, como la edad de los educandos y la asignatura que tiene a su cargo dicho docente. Así, por ejemplo, no nos parece objetable, en principio, que un homosexual dicte idiomas, historia o física en los últimos años del secundario. Tampoco pensamos que deba admitirse, por ir contra el bien común porque contradice las exigencias estructurales de la naturaleza humana, la legalización del matrimonio entre homosexuales o permitir la adopción de un menor por parte de un homosexual, ya que con certeza criará al mismo teniendo como especial referencia la aceptación de su condición, que como vimos importa una desviación.

Obviamente, no nos cabe duda que los homosexuales no deben ser prohibidos en la docencia universitaria, ya que la edad de los estudiantes en este caso, revela al menos Y en principio, su capacidad

de autodeterminación. Nos parece por igual totalmente inicua la discriminación a los homosexuales en otros ámbitos laborales, donde no comprometen en absoluto el desarrollo de otras personas, que en caso de ser mayores de edad, se supone que cuentan con la suficiente madurez para distinguir lo que está bien o mal respecto del Instinto sexual, ¡Y qué decir de la injusticia de medidas como su reclusión en establecimientos psiquiátricos, o de actitudes como la persecución física o intelectual a los homosexuales! ¿Cuántas obras valiosas se habrían perdido para la humanidad, si se hubiese prohibido a los homosexuales escribir, pintar, componer música, etc.? Pensemos sólo en Oscar Wilde, por mencionar un caso conocido. Y para concluir, me viene en mente, la injusticia de la situación presentada en la película española: “Las cosas del querer”, donde uno de los protagonistas, bailar homosexual en la década del 50, luego de recibir una feroz golpiza por una banda de falangistas, es obligado a dejar España ante las amenazas recibidas. Situación injusta por ser contraria a los derechos humanos y al bien común, por cuanto, si lo buscado era la “redención” del homosexual, equivocaban el camino; pero también privaban al público del arte del bailar y así atentaban contra los valores culturales y el desarrollo integral de otras personas.

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: En torno de los derechos humanos, por Francisco M. Bosch, ED, 73-831; ¿Hay un “orden jerárquico” en los derechos personales?, por German J. Bidart Campos, ED, 116-8004 A propósito del “orden jerárquico” de los derechos, por Eduardo S. Barcesat, ED, 116-802; La filosofía de los derechos humanos en la Constitución de 1853-1860, por German J. Bidart Campos, ED, 106-821; Tres precisiones fundamentales a la Filosofía del Derecho Natural, por Carlos I. Massini, ED, 111-961; Algunas precisiones sobre “Derechos” y “Derechos Humanos”, por Carlos I. Massini Correas, ED, 121-863; Iusnaturalismo y derechos humanos, por Carlos I. Massini Correas, ED, 124-753; La dimensión social de la Filosofía del Derecho, por Juan Carlos Smith, ED, 132-

931; La filosofía de los derechos humanos y la regulación jurídica de la familia, por CARLOS I. MASSINI CORREAS, ED, 140-905.

Bibliografía

- (1) Exp. 80.809: “Comunidad Homosexual Argentina c. Inspección General de Justicia s/Personería jurídica”, publicado en Doctrina Judicial del 10 de octubre de 1990, ps. 721/729, 4864, con comentario del doctor Gabriel Matzinghl. Ver, además, ED, 138-788.
- (2) Resolución 001005 del 7 de diciembre de 1989, según cita del fallo apuntado.
- (3) Ver fallo citado en Doctrina Judicial del 10 de octubre de 1990, p. 725.
- (4) Idem.
- (5) Idem p. 726.
- (6) Sobre el tema del fundamento de los derechos humanos ver: Massini Correas, Carlos Ignacio, Los derechos humanos en cuestión (Discusión filosófica sobre la existencia y fundamento de los derechos humanos”). ED, 106-949; y Derechos humanos y consenso, ED, 122-975.
- (7) Quintas, Avelino Manuel, Análisis del bene comine, 2ª. ed., Roma, Bulzoni, 1988.
- (8) Idem, ps. 51/81 y 103/106.
- (9) Idem, II parte, cap. 1,3; ps. 111/113 y 174.
- (10) Idem, II parte, cap. 4,2; ps. 185/188.
- (11) Idem, p. 178. (12) Idem, p. 158.
- (12) Idem, p. 158.
- (13) Idem, p. 156
- (14) Idem, I parte, cap. 1,2; ps. 18/33.
- (15) Idem, p. 25.
- (16) Idem, 1 parte, cap. 4,3; ps. 76/00.
- (17) Ver el tema de la “politicidad”, autor y ob. cits., I parte, cap. 3; ps. 51/63.
- (18) Ver el tema de los valores, autor y ob. cits., II parte, cap. 2; ps. 116/129.
- (19) Ver Arias Pelserano, Francisco, La integración latinoamericana es tarea política, Club de Buenos Aires, 1987, ps. 24/26.

- (20) Remitimos sobre este tema nuevamente a Massani Correas, Derechos humanos y consenso ya citado.
- (21) Ver en el fallo señalado la referencia al dictamen de la Academia Nacional de Medicina, Doctrina Judicial, p. 727.
- (22) Concretamente nos referimos a luchar por la plena vigencia de los Derechos Humanos...” (ver en el fallo citado, Doctrina Judicial, p. 726).
- (23) Nos referimos más que nada a la argumentación de la moralidad pública, en cuanto se aduce que la opinión dominante en nuestra sociedad considera a la homosexualidad como disvaliosa (ver fallo citado, Doctrina Judicial, p. 728). Como argumento secundario a fin de reforzar la decisión judicial podría aceptarse, y creemos que esa fue la intención de los sentenciantes al invocarlo, pero tomar la opinión moral media como pauta de valor no nos parece acertado por lo subjetivo de la misma. Así si mañana la sociedad acoge con buenos ojos la homosexualidad, el mismo argumento podría sustentar un fallo contrario.
- (24) Ver nota 1: Mazzinghi, Gabriel, Acertada denegación de la personería jurídica pedida por la “Comunidad Homosexual Argentina”, en Doctrina Judicial.

La pena de muerte y el bien común

por Aldo Luis De Cunto

Publicado en: El Derecho T. 146, p. 613-620.

[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

1. Introducción: La pena de muerte desde el enfoque de la filosofía política. - 2. Bien común y derechos humanos. - 3. El derecho a la Vida. - 4. El derecho a la Vida y la pena de muerte. - 5. La pena de muerte y el bien común.

1. Introducción: la pena de muerte desde el enfoque de la filosofía política

El tema de la pena de muerte, como es de dominio público, ha readquirido actualidad debido al proyecto del Poder Ejecutivo Nacional que contempla dicha pena capital para sanción de ciertos delitos que se reputan sumamente graves para la sociedad y ante los cuales no sería suficiente castigo alguna pena privativa de la libertad. Con posterioridad, también como es conocido, se ha barajado la posibilidad de una convocatoria a un “plebiscito”, a fin de que la ciudadanía decida el ingreso o no de la pena de muerte dentro del derecho penal vigente.

Ante esta realidad, nos ha preocupado analizar el problema desde la filosofía política, esto es, examinar si como medida de gobierno, la pena de muerte se corresponde con el fin de la comunidad política, si contribuye o no a alcanzar dicho fin. Es por eso que, dejamos de lado en el presente trabajo consideraciones desde el derecho penal, la estadística, la sociología y psicología jurídicas, que

tienen por finalidad ilustrar acerca de la efectividad de la pena de muerte respecto de la reducción del delito o la influencia de la misma, en el proceso de prevención, en atención al “temor al castigo” que puede tener lugar en la psique del delincuente.

Dijimos que nuestro enfoque es desde la filosofía política, y es ilustrativo la definición que de la misma da Quintas: “una filosofía normativa 'como reflexión crítica sobre los comportamientos humanos respecto al bien común como meta, del desarrollo global de una sociedad y de sus miembros” (1). Como se aprecia este ángulo epistemológico nos conduce a indagar la correspondencia que existe o no entre la pena de muerte y el bien común como fin del Estado, esto es como expresáramos en el párrafo precedente, si la misma como medida de gobierno se ajusta o no al bien común. Es justamente esta “correspondencia”, un argumento esgrimido en favor de la implantación de la pena capital, en el sentido de que en ciertas circunstancias el bien común, requiere el sacrificio de la vida humana mediante la pena de muerte, porque así lo exige la realización de los valores comprendidos en el bien común, dentro de los que se suele destacar la defensa de la sociedad frente a la comisión de delitos aberrantes.

Como se puede inferir estas consideraciones nos remiten a los valores del bien común y la relación de éste con los derechos humanos, bandera que levantan como recurso ético-político quienes se oponen a la pena de muerte. Es por ello que es aconsejable una limitada exploración de esta cuestión para esclarecer esa “correspondencia” o “exigencia” de la pena capital por el bien común.

2. Bien común y derechos humanos

Para tratar el tema de los valores que componen el bien común y la relación de éste con los derechos humanos nos vemos obligados a remitirnos a los conceptos ya vertidos en nuestro anterior trabajo: Bien común y derechos humanos: un tema de filosofía política en el fondo de un folio judicial (2), en el cual en los apartados tercero y

cuarto titulados, “El contenido antropológico-estructural del bien común” y “El bien común y los derechos humanos”, realizamos ciertas reflexiones en torno a estos aspectos.

A fin de resumir aún más las conclusiones elaboradas entonces, podemos partir del concepto que brinda Quintas, quien define el bien común como: “el recto ordenamiento de los bienes de una sociedad política, ya sea en cuanto comunicable a sus miembros para su desarrollo integral, ya sea en cuanto alcanzable mediante la colaboración de los mismos” (3). Habíamos señalado en dicha definición el elemento teleológico del bien común, en la medida que es comunicable para el desarrollo integral de los miembros de la sociedad política -las personas-, lo que hace que el bien común, sin dejar de ser un fin, por su propia esencia favorece el desarrollo global de las personas, es beneficioso para el logro de las funciones estructurales del ser humano. Y ello es así en cuanto que como fin de la sociedad política es el fin de una realidad “accidental relacional” que no puede existir si no lo es “apoyada” en la realidad “substancial” que es el ser humano, por lo cual en el bien común, la persona encuentra su bien individual, De allí que indicáramos con Quintas, que el bien común lejos de anular o limitar al ser humano y a su fin personal, los plenifica, es “personalizante” (4).

Sentado lo anterior, habíamos concluido en que el contenido del bien común es un contenido antropológico-estructural, ya que no puede tener cualquier contenido sino sólo aquél que desarrolle integralmente a la persona. Y ello nos llevó a explicar que existe una naturaleza objetiva del hombre, en la medida en que también son objetivar; los valores que lo desarrollan. Dicha objetividad, siguiendo siempre a Quintas, se da porque el fundamento de los valores descansa en las propias necesidades de la persona, las que son verificables en la experiencia concreta (5). Así decíamos que lo que satisface una necesidad del hombre es un valor y lo que se opone a ello, un disvalor, dando como ejemplo que es verdadero el juicio valorativo: “promover la nutrición de las personas es un bien”, ya que

descansa en el juicio asertivo verificable: “la nutrición desarrolla a las personas” (6).

En cuanto a las necesidades del hombre, observamos que la experiencia concreta nos muestra que el ser humano posee una vida vegetativa -nace, crece, se alimenta, se reproduce-, una vida animal o sensitiva por la cual conoce el mundo exterior a través de los sentidos; y una, vida intelectual o espiritual, que se traduce en la capacidad de la persona de conocer realidades inmateriales, que superan las circunstancias temporo-espaciales. Para el cumplimiento de esta última actividad específica del ser humano, éste cuenta con la inteligencia que le permite “conocer” tales realidades y la voluntad que le permite “querer” aquello que la inteligencia, percibe como un “bien”. Es condición inherente para llevar a cabo estas operaciones intelectuales, que el hombre goce de libertad psicológica, que no sea presionado u obstaculizado en su capacidad de autodeterminación. No hay actividad intelectual si ésta no se efectiviza de manera libre, ya que de lo contrario no crea convicción en el sujeto cognoscente (7).

Desde estas funciones y necesidades estructurales que hacen a la naturaleza humana, se infieren los valores que desarrollan a la persona, en la medida en que las satisfacen. Sintéticamente la escala jerárquica de estos valores que enuncia Quintas, se compone de valores que desarrollan al hombre “específicamente”: de la religiosidad, culturales y de la prudencia moral; que lo desarrollan “dispositivamente”: morales sociales morales individuales y vitales: y los que lo hacen de manera instrumental: económicas (8). Para la explicación somera de la clasificación remitimos a nuestro trabajo ya citado.

Hilando lo dicho hasta aquí, debemos concluir en que son estos valores los que, constituyen el contenido del bien común, y no puede ser de otra manera porque el bien común es el fin de la sociedad política ésta encuentra su justificación, su “causa eficiente” en la politicidad del hombre. El hombre, a fin de cumplir sus funciones y satisfacer sus necesidades es social de manera innata, ya que no podría plenificar su naturaleza sino es “conviviendo” con sus congéneres y también es “político”, ya que esa convivencia social

requiere de la organización política, que implica el grupo mayor que ordena e involucra las Disociaciones menores (9). En definitiva, y cerrando el razonamiento, el bien común como fin de la comunidad política no puede tener cualquier contenido, sino sólo aquél que conforman los valores que desarrollan la naturaleza objetiva del ser humano, ya que en la plenificación de esta naturaleza encuentra su razón de ser la sociedad política. Es así que el bien común no puede limitar ni violar tales valores, so riesgo de desnaturalizarse.

Ahora bien, si como quedara expresado, la persona cuenta con una estructura de su ser, con una naturaleza objetiva, que para su desarrollo integral necesita la realización de ciertos valores, de ello se sigue que la misma es “acreedora” a tales valores y esas “acreencias” son los derechos humanos. Por lo tanto tales derechos humanos no encuentran su fundamento en el reconocimiento del Estado ni de las demás personas, sino que tanto el Estado como los otros están obligados a reconocerlos porque se fundan en algo preexistente, en la propia naturaleza humana (10). Es así que el bien común, cuyo contenido está dado por los valores que desarrollan al hombre, consiste fundamentalmente en el reconocimiento de los derechos humanos, y lejos de cercenarlos los plenifica. En aquellas situaciones donde aparece que la persona cede un derecho en pos del bien común, en verdad lo hace porque de esa manera “homenajea” un valor más alto, y por lo tanto cede un derecho para ejercer otro derecho de superior jerarquía. Ejemplificando lo expuesto, cuando uno paga un impuesto, pospone un valor económico -entrega parte de su capital- para satisfacer un valor más alto, como la solidaridad y la justicia, que son valores morales sociales. En definitiva, se sacrifica el “derecho de propiedad” a fin de ejercer el “derecho a ser justo o a ser solidario”, que obviamente es más elevado.

3. El derecho a la Vida

Como hemos visto, los derechos humanos son los “créditos” que tiene la persona a los valores que satisfacen SUS necesidades estructurales, que satisfacen exigencias de su propia naturaleza

objetiva. Entre tales necesidades contamos a las que derivan de la vida “vegetativa”, es decir las funciones básicas para subsistir y perpetuar su especie -nacer, crecer, desarrollarse, reproducirse-. Ese plano vegetativo es el sustento biofísico para que la persona pueda cumplir con las funciones de los otros dos tipos de vida: “sensitiva” y “espiritual”. Esto es una obviedad, sin el mantenimiento de las funciones vitales que permiten a la persona seguir existiendo, no hay capacidad de percibir mediante los sentidos materiales ni de conocer y querer realidades, inmateriales por medio de la inteligencia y la voluntad. Por lo tanto, inferimos que un derecho fundamental de todo ser humano es el “derecho a la vida”, el derecho a que su existencia no sea suprimida, toda vez que esta supresión trae consigo la anulación de todas las funciones que responden a sus necesidades estructurales y que desarrollan su naturaleza. Es por ello que la vida es un valor, un “bien” para el hombre y como tal éste tiene una “acreencia”, un derecho a la misma... es un valor vital que desarrolla positivamente al ser humano, por cuanto lo “dispone”, favorece mediante la conformación de un estado óptimo dicho desarrollo.

Desde una visión trascendente de la persona, única a nuestro juicio capaz de fundar su naturaleza objetiva y como tal sostener sólidamente sus derechos, este “crédito” a la existencia cobra una importancia mayor, en virtud de la propia dignidad y fin del ser humano. Así considerada la vida como un don de un Ser superior y ordenada hacia ese Ser, es evidente que debe ser respetada ya que de esa manera se respeta el mismo fin trascendente del hombre. Con razón se ha dicho que “la vida de un hombre es sin embargo, en cuanto es la vida de una persona, un bien superior a cualquier valor de simple utilidad social, por tratarse de la vida de una, sustancia dotada de alma espiritual y con derecho a su existencia” (11).

Con todo, lo expuesto no significa que la vida sea el valor más alto del hombre. De hecho al ser un valor vital, como la integridad física -en realidad ésta como otros valores vitales no es más que una derivación de la vida ya que la presuponen-, “dispone” a la persona para el logro de valores que la desarrollan de manera específica, como

los culturales o los de la religiosidad que le permiten conocer, con las limitaciones humanas, la verdad de las cosas, y por ende a Dios, o al menos plantearse estos temas como interrogantes. Pero también la vida le permite el cumplimiento de valores morales sociales ya que no podemos ser “justos”, “solidarios” ni expresar la amistad o el amor si no estamos dotados de vida.

Lo dicho nos lleva a preguntarnos si a veces es necesario ofrecer la propia vida o quitar la vida a otra persona para el cumplimiento de un valor más elevado. En el primer supuesto, encontramos cantidad de conductas valiosas como quien ofrenda su vida en un naufragio para salvar otras por citar sólo un ejemplo, lo cual nos lleva justamente a reputar disvaliosa la actitud de quien salva la suya a costa de vidas ajenas. En cuanto a tronchar otra vida, el caso más claro sobre el que existe un amplio consenso favorable es el de la legítima defensa. Aquí nos es permitido matar a otro ser humano que nos ataca, que pone en peligro nuestra propia vida. Es obvio que aun, en este caso debe darse cierta proporcionalidad entre la defensa y el ataque, ya que la muerte del atacante debe ser consecuencia de una agresión razonable, razonabilidad que se mide en base a la capacidad de la misma para garantizar la protección de la vida del atacado.

Resulta claro como vemos, que no obstante que ambas vidas, la del atacante y la del atacado son iguales en dignidad, el valor justicia reclama que la vida del atacado se ponga a resguardo y si ello sólo puede lograrse mediante la muerte del atacante, la vida de éste debe ser segada. La misma reflexión se da cuando alguien mata al no tener otro recurso para salvar la vida de un tercero inocente, es un acto de justicia. Nuevamente aquí la muerte debe ser consecuencia del ejercicio racional de la defensa, por ejemplo si se puede garantizar la vida del atacado impidiendo la movilidad del agresor mediante un tiroteo a sus piernas, esta solución aparece más justa que quitarle la vida. Resulta claro, que todas estas opciones en el caso concreto y más tratándose de situaciones tan cargadas de desequilibrios psicoemocionales, son difíciles de tomar de la manera más reflexiva.

En última instancia corresponderá a los jueces valorar la conducta del que matare a fin de concluir en que lo hizo en legítima defensa o no.

También existe un consenso más o menos generalizado en aceptar como valiosa la muerte en una legítima guerra defensiva o en otros casos como quienes arriesgan su vida en cumplimiento de deberes públicos -policías, bomberos, jueces- (12). Esto nos remite al arduo problema acerca de si existen o no guerras justas, terna que excede el propósito de este trabajo. Pero en base a lo reflexionado anteriormente, el bien común en cuanto recto ordenamiento de los bienes para el desarrollo integral de las personas, exige que las mismas arriesguen su vida para la defensa no sólo de la vida de los demás, sino también para preservar otros valores que hacen a la propia dignidad humana, como la libertad en el caso de una guerra por la independencia de un estado o ante una invasión extranjera, o la justicia cuando se trata de una lucha de resistencia a un gobierno tiránico. En este último caso, no hay duda que tanto el arriesgar la vida como el matar dentro del marco de la refriega de un levantamiento justo, no es más que privilegiar valores más elevados que la vida como la solidaridad, la justicia, la libertad y en, algunos casos la posibilidad de la libertad cultural, de conciencia o religiosa, que habíamos ubicado dentro de los valores que desarrollan específicamente al hombre.

De todas formas, también aquí habrá que ver hasta qué medida el ejercicio de este derecho de resistencia a la opresión es legítimo, para lo cual deben sopesarse las posibilidades de éxito y la ignominia del régimen opresor, para no producir males mayores que puedan crear un nuevo estado de cosas donde los valores que se pretenden defender sean conculcados más violentamente (13). Ante este tema, nos viene a la mente, de manera espontánea el ejemplo de resistencia 'pasiva del Mahatma Gandhi, como recurso lento pero efectivo a fin de salvar valores como la libertad y la justicia, sin necesidad de Imprimir la vida del opresor.

En estos casos, el bien común. no se vacía de su verdadero contenido, por el contrario, lo reafirma porque el derecho a la vida

cede frente al derecho a valores más altos, mas no claudica la persona, no cede su dignidad; como habíamos apuntado en nuestro trabajo anterior, el hombre renuncia a “un” bien personal, para lograr “el” bien personal (Derechos humanos y bien común... ED, 144-974, pto. IV in fine). Por el contrario, la persona se dignifica aun más y por lo tanto se desarrolla integralmente en mayor medida. Los mártires, ya sean religiosos, políticos o de otro cariz, son cabales testimonios de esta eminente dignificación del ser humano.

A propósito del valor de la vida humana, leemos a Maritain, quien dice que: “El cuerpo social en una guerra justa, tiene el derecho de obligar a los ciudadanos a exponer su vida en la batalla, pero su derecho no se extiende a más, ni a decretar la muerte de un ciudadano por la salvación de la ciudad. Cuando se trata de ciertas misiones especiales en las que los hombres van a una muerte cierta o casi cierta, echase mano de voluntarios lo cual es sin duda una prueba de que se reconoce el derecho de la persona humana a la vida” (14). Y agrega en otro párrafo “cuando el hombre ...acepta libremente, y no como esclavo fanatizado o como una víctima ciega, sino como hombre y ciudadano, la muerte por su pueblo y por su patria, entonces afirma, por un acto de tan excelsa virtud, la suprema independencia de la persona respecto de las cosas del mundo; al perderse temporalmente por la ciudad, la persona ofrece el sacrificio mas real y más completo, y no obstante no hace ese sacrificio en vano, Y aun en este caso la ciudad lo beneficia, porque el alma de ella es inmortal y el sacrificio la hace más acreedora a la gracia” (15). Interpretando estos párrafos a la luz de lo que expresáramos en el art. entendemos que el estado puede legítimamente exigir a los ciudadanos que arriesguen su vida en defensa de valores más elevadas como la libertad, la justicia, la paz - todos valores morales sociales- o la libertad cultural o religiosa, y que en consecuencia, si la situación concreta, no admite una alternativa menos gravosa, puede exigir legítimamente que lleguen a matar a quien ataca tales valores. Esto se comprueba en todos los casos que reseñábamos: legítima defensa, defensa de la vida de otra persona, martirio libremente aceptado -en estos casos no se exige, sino que se valora la conducta-, cumplimiento de los deberes de ciertos agentes y

funcionarios públicos, ejercicio del derecho de resistencia a la opresión de un régimen tiránico, guerra defensiva, guerra por la independencia - en estos últimos casos reiteramos nuestra preferencia personal por la resistencia pasiva como imagen más acabada de perfección humana, pero no por ello puede descartarse la resistencia activa-. Y el bien común no se desnaturaliza porque todas estas acciones lejos de atentar contra la persona, la dignifican, profundizan su desarrollo integral, por lo tanto no se la aniquila en holocausto de fórmulas sociales vacías de referencia a los valores humanos.

Habiendo quedado más o menos explicitado lo hasta aquí razonado, nos asalta un nuevo interrogante: si el estado puede exigir algunas de las conductas apuntadas líneas arriba, en caso de que el ciudadano desobedezca, no hay duda de que en virtud de su orden coactivo puede sancionarlo, pero esta sanción: ¿puede ser la pena de muerte? Como síntesis de este apartado, podemos concluir en que no obstante que la vida es un valor de relevante importancia, ya que es la primera condición que se requiere para la ordenación de la persona a otros bienes o valores (16), no es el valor supremo ni se encuentra entre los que específicamente plenifican a la persona, dado que sólo dispone para que ésta logre tales valores. Esto hace que en determinadas situaciones es valioso que las personas voluntariamente o por exigencia estatal arriesguen su vida o supriman una vida ajena. Pero en ninguna de estas hipótesis nos encontramos frente a la pena de muerte, con las características que consideramos debe tener para ser reputada como tal. Es así que la pena de muerte es una especial manera de supresión del derecho a la vida, y de la relación entre ambos nos ocuparemos seguidamente.

4. El derecho a la Vida, y la pena de muerte

La pena de muerte, como adelantáramos no es cualquier supresión del derecho a la vida, sino una especial forma que asume dicha supresión. Tal como vimos, existen casos en que es valioso suprimir la vida, porque en los mismos se anteponen a ésta un valor más elevado, y por ende el “derecho” a la vida cede ante derechos de

mayor jerarquía. Para examinar, pues, si la pena de muerte importa o puede importar en algunos casos que sea valiosa, debe concretarse su concepto.

Más allá de las distintas definiciones que desde otros enfoques, como el derecho penal, pueden darse de la pena capital, nos parece atinado, a los fines de este trabajo, conceptualizarla como: la supresión de la vida de una persona que se ejerce por orden de la autoridad pública, una vez que dicha persona fue detenida, juzgada y declarada culpable de algún delito por mandato de la mencionada, autoridad pública. En la pena de muerte el que mata es el Estado y esa muerte es el resultado de un proceso que tiene varias etapas, que en lo que respecta a la persona a la que se aplica la pena se resumen en tres: se la detiene, se la juzga y se la encuentra culpable. Así si la muerte se produce antes de que se completen dichos períodos, no existe estrictamente pena de muerte. Si un presunto delincuente es muerto antes de ser detenido, la conducta de la autoridad que lo matare será valiosa si concurren circunstancias tales como la legítima defensa, la defensa de otra persona o si la encarnizada resistencia opuesta por el delincuente llevó a su muerte como recurso ineludible a fin de lograr su reducción. En cambio, y poniendo un ejemplo grueso para que se pueda apreciar claramente, si el delincuente se entregan a la autoridad y ésta le diera muerte, no existirían dudas de que estamos frente a un homicidio. Si la muerte se produce una vez detenido o juzgado el presunto delincuente, caben las mismas reflexiones, será homicidio si no se dan las circunstancias comentadas más arriba que hacen necesaria la supresión de su vida para la efectiva defensa de valores más elevados. Pero es el caso, que en la pena de muerte, ya se ha encontrado culpable a la persona juzgada, es decir que ha dejado de ser presuntamente delincuente para serlo de manera efectiva - obviamente dejamos de lado los errores que pueden cometer los jueces en el veredicto, argumento utilizado para oponerse a la pena capital, cuyo tratamiento no nos interesa aquí-, y se lo somete a la muerte, no por el ataque actual que realice a ciertos valores más elevados o no que la vida, sino por el ataque que ya hizo en el pasado o que pueda realizar en el futuro respecto de tales valores. Es decir, su conducta pasada se ha juzgado disvaliosa y se juzga de igual manera la

que puede llegar a cometer, y los valores que conculcó o puede conculcar se reputan de una importancia tal que, a pasar de que ahora no sufren más mella, porque el accionar del delincuente se halla “desactivado” mediante su reclusión en un establecimiento de seguridad, la defensa de los mismos -dichos valores- requiere la muerte del delincuente.

Hemos dicho que el contenido del bien común consiste fundamentalmente en el reconocimiento de los derechos humanos (17), existiendo diversos pronunciamientos en dicho sentido (18), por cuanto los derechos humanos son los “créditos” que la persona tiene a los valores que satisfacen sus necesidades naturales y que la desarrollan integralmente. Consecuentemente, si como se ha argumentado en favor de la pena de muerte, ésta es requerida en algunos casos por el bien común, deberá concluirse en que la pena de muerte anula la vida del condenado pero privilegia otros valores y por ende otros derechos superiores. Esta relación entre la pena de muerte y el bien común es la que nos proponemos examinar a continuación.

5. La pena de muerte y el bien común

En los casos que señalamos en el apart. III entendíamos que se segaba la vida de una persona en homenaje a valores más altos que conforman el contenido del bien común. En el martirio, quien lo acepta ofrece su vida ante sus convicciones religiosas o políticas y se desarrolla, diría yo, en el grado más elevado que lo puede hacer una persona. En el ejemplo de la legítima defensa resulta difícil explicar de qué manera se desarrolla integralmente la persona del agresor muerto, pero lo cierto es que si no se lleva a cabo dicha acción de matar, se suprime la vida y con ello la posibilidad de desarrollo integral del agredido, quien con su inocencia se ha colocado en una posición más justa, y por lo tanto el bien común nos orienta hacia la protección de éste en desmedro del atacante.

En la pena de muerte, el bien común; en cuanto recto ordenamiento de los bienes de una sociedad política, ya sea en cuanto

comunicable a sus miembros para su desarrollo Integral y en cuanto alcanzable mediante la colaboración de los mismos, debería justificar la supresión de la vida del condenado Interpretando que es la mejor manera, digo la mejor y no la única manera, de asegurar los valores que su existencia -la del condenado- pone en riesgo o ataca como quedara cabalmente demostrado en el caso de la legítima defensa. Lo cierto es que el bien común debe procurar el desarrollo integral de todos los miembros de la sociedad política, porque es un estado común del cual cada uno recibe su bien personal, por lo tanto también el condenado a la pena de muerte debe lograr su bien personal.

Ahora bien, podría decirse que el bien común requiere la aplicación de la pena de muerte porque la sociedad debe defenderse de actos que la ponen en peligro. Esto es falso, ya que el bien común, entendido como el bien de la sociedad “a secas”, no es tal; el bien común es el bien del cuerpo social, pero a su vez éste no puede existir sino teniendo en cuenta a las personas que lo componen, únicas realidades substanciales sin las cuales la sociedad no podría existir. Puede alegarse entonces que mediante la muerte del delincuente se aseguran los valores que desarrollan a los demás miembros de la sociedad, no individualmente considerados porque el bien común no es la mera suma de los bienes personales, sino porque así se crea un “estado de tranquilidad y de paz” necesario para que las demás personas puedan obtener su bien personal. No creemos que esta hipótesis sea correcta. La muerte del condenado no creará por sí un sentimiento generalizado de alivio y de seguridad tales, que los demás ciudadanos puedan sentirse más tranquilos, por el contrario, la experiencia demuestra que en muchos casos este tipo de ajusticiamientos trae como colofón una secuela de revanchismos que producen una escalada de violencia, tornando el ambiente sociopolítico sumamente inseguro para las personas Por otra parte, los integrantes de la sociedad al tomar la ley como ejemplo, toda ley debe ser sancionada como docente y ejemplificadora, pueden ver exacerbados sus deseos de venganza, lo que puede llevar a la producción de situaciones de linchamiento o sin llegar a ello a una suerte de “legitimación social” de la agresión particular, que en nada

servirá a crear un clima que privilegie los valores que hacen al desarrollo de las personas (19).

En este punto del análisis, podríamos preguntarnos si con la pena de muerte se privilegian los valores de las personas directamente afectadas por el delito, ya que hemos visto que no alcanza para lograr los valores humanos a un nivel general común a todos. También aquí sospechamos que el efecto sería altamente negativo. Si la víctima resultara muerta por el delito, es obvio que la muerte del victimario no la resucita, ni la plenifica como persona, y en, cuanto a los deudos tampoco promueve en ellos los valores más excelsos, por el contrario, satisface sentimientos de venganza que alejarían a tales personas del ideal de perfección humana. Al respecto recordemos el precepto evangélico: “Amad a vuestros enemigos y rogad por los que os persiguen” (Mat., 5, 38-39; 43-44). En el supuesto de que la víctima no muriera, por idénticas razones creemos que lejos de desarrollar en ella los valores perfeccionantes, la pena de muerte tendría consecuencias deletéreas para los mismos.

Si consideramos que la pena de muerte, por sus efectos psicosociales, puede operar en la psique de potenciales delincuentes, amedrentándolos, originando una disminución de los delitos, sus defensores podrían argüir que así se asegura la paz y el buen convivir de los demás habitantes. Esto no puede ser demostrado, ya que no hay una proporción directa entre la aplicación de la pena capital y el menor número de delitos, ya que es bien sabido que el temor a la pena es un elemento -en gran cantidad de casos- irrelevante entre los muchos otras que el delincuente toma en cuenta para decidir su conducta ilegal. Con relación a ciertos delitos en las cuales se considera que la pena de muerte tendría efectos preventivos, como el narcotráfico, más allá de que la droga-dependencia no desaparecería de esta manera, los recientes sucesos de Colombia hacen suponer que no se daría tal hipótesis, por el contrario, la persecución desatada contra estas bandas, sin negar que su persecución es valiosa desde ya, produjo una escalada de atentados por parte de estos sectores automarginados de la ley. Por lo tanto, la pena de muerte también aquí no haría más que

aumentar el delito y con ello atentar, como efecto no querido, contra los valores que promueven la naturaleza humana.

En cuanto al condenado, es obvio que la pena capital, no sólo no lo desarrolla integralmente, sino que lo suprime como persona, hace desaparecer su entidad, por lo tanto no hay bien personal del mismo que se perfeccione en nombre de un supuesto bien común que se quiera defender con la pena de muerte. Desde una postura trascendente, a la que adherimos, puede decirse con razón, que el hombre muerto deja de tener existencia en cuerpo y alma, pero pasa a una vida sobrenatural donde su espíritu no perece, por lo tanto, con la pena de muerte no se aniquila al hombre, sino que se suprime su existencia, temporal y hasta podría salvarse para la vida eterna si realiza un acto sincero de arrepentimiento antes de ser ejecutado.

Ahora bien, resulta claro que la persona en cuanto ser destinado a la trascendencia es superior a la sociedad política, porque supera su limitado mero temporal. La felicidad que puede dar el bien común es imperfecta, por eso la persona en su exigencia de bien ilimitado encuentra su verdadero bien personal en el bien común trascendente que es Dios, que obviamente es de naturaleza superior al bien común político o temporal (20). Esto nos lleva a concluir en que el argumento de que la pena de muerte no aniquila al hombre en su ser sino en su existencia temporal, no es válido como justificación de la condena, toda vez que aquí el bien común temporal que exigiría dicha muerte debe ceder ante el bien trascendente de la persona. Y no existe motivo alguno para negarle a esa persona el derecho a lograr una conversión de su corazón meditada, tornada en conciencia, que le permita acceder a la salvación eterna mediante un arrepentimiento no viciado por la interferencia que provoca en su psique el temor a la muerte inminente Como conducta merecedora de la vida sobrenatural, no cabe duda de que esta última posibilidad es más valiosa, porque se ajusta de manera más adecuada al presupuesto de la libertad psicológica que debe imperar en el acto volitivo (21). La falta de justificación para dicha denegación reside en que con ella no se privilegia ningún bien superior, porque Ya hemos visto que la muerte

del delincuente no favorece de por sí, en general atenta contra el bien común temporal al negar la promoción de los valores mencionados en el apartado segundo; y tampoco es un requisito exigido por el bien trascendente de las demás personas, por el contrario, en la mayoría de los casos produce efectos negativos para ello, incrementando el odio y el rencor, alejando a las personas del ya citado precepto evangélico. Vale al respecto la siguiente reflexión: “El testimonio de Jesús nos llama a amar siempre a nuestro prójimo, y nos lleva al precepto que obliga a todos los cristianos: No debemos hacer daño alguno a nuestro prójimo, la forma en que tratamos a nuestros enemigos es la prueba clave de si amamos a nuestro prójimo, y la posibilidad de quitar siquiera una vida humana es una perspectiva que deberíamos considerar con miedo y estremecimiento” (22).

A todo lo hasta aquí argumentado debemos agregar que existen otras condenas alternativas a la pena de muerte como puede llegar a ser la prisión perpetua, que garantiza no sólo el bien individual del resto de los miembros de la sociedad, sino también el del propio delincuente, ya que podría llegar a rehabilitárselo para la convivencia. Y además contribuye en mayor medida a crear un estado de mayor racionalidad general que repercute en beneficio de todos, permitiendo que se haga justicia a la par de que se desarrollen los valores más nobles en la sociedad. Es así que debemos concluir en que la pena de muerte no sólo no es la única manera para proteger los bienes que pretende tutelar, sino que además ni siquiera es la mejor, es más, diríamos que es bastante negativa. Sin embargo, todavía se podrían alegar circunstancias tácticas, como aquellas situaciones en las que el sistema carcelario es ineficiente y que permite que el reo siga delinquir desde la prisión y que convalidarían la pena capital. Esto no resiste el menor análisis, ya que si la sociedad tiene su razón de ser en la “mejor vida” de las personas, y por ende con relación a los detenidos tiene una misión de readaptación social o al menos de enmienda personal, estaría sustentando en su propia ineficiencia el no cumplimiento de su tarea específica, lo que aparece a todas luces moralmente reprochable, Con dicho argumento también podría decirse que en aquellas sociedades donde su organización policial

ineficiente e insuficiente no permite la adecuada protección de la propiedad privada, como por ejemplo cuando se ve desbordada para contener saqueos a negocios o supermercados, la solución sería confinar en zonas alejadas de los centros comerciales a la población más carenciada, ya que es la parte de la sociedad que muy probablemente realice tales saqueos. Con un sistema carcelario sano y diligente las posibilidades del detenido de seguir operando desde la prisión son prácticamente nulas. En todo caso para ciertos delincuentes de suma peligrosidad, la solución más idónea sería un régimen carcelario de estricta seguridad, con fuertes limitaciones a aspectos de la vida de relación -escaso contacto con otros presos o suspensión temporaria del mismo, restricción máxima de visitas, severo contralor por parte de los guardias-, que sin duda afectan valores que hacen al desarrollo personal, pero nunca suprimirán la dignidad eminente del ser humano.

En definitiva, consideramos que en el caso de la pena de muerte no se da, como en los supuestos citados en el apartado III, la preeminencia de un valor superior a la vida del condenado que justifique su implantación, ya que aquí tales valores se hallan garantizados con soluciones más justas y que en consecuencia responden más acertadamente a las exigencias y valores del bien común. Es así que nuestra respuesta al interrogante acerca de si se puede fundamentar la pena de muerte en el bien común, es negativa. No sólo no puede fundamentarse en él, sino que la juzgamos una decisión jurídico-política con efectos altamente negativos para el bien común.

Nota de redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La pena de muerte por causas políticas (artículo 18 de la Constitución Nacional), por Néstor Pedro Sagues, ED, 38-1049; Breve meditación ético-jurídica sobre la pena de muerte, por Germán J. Bidart Campos, ED, 139-853; El deseo oficial de proporcionar la muerte, por Daniel E. Herrendorf, ED, 139-935; La abolición de la pena de muerte q las nuevas normas internacionales, por Susana, Albanese, ver en este tomo, p. 847.

Bibliografía

- (1) Quintas, Avelino Manuel, *Episteme e política*, Milán, Giuffré, 1987, p. 29.
- (2) ED, 144-974.
- (3) Quintas, Avelino Manuel, *Análisi del bene comune*, 2ª. ed., Roma, Bulzoni, 1988, II parte, cap. 4-1, p. 156.
- (4) Idem, II parte, cap, 1-3, p. 111/113 y 174
- (5) Idem, I parte, cap. 1-2, ps. 18/33.
- (6) Idem, I parte, cap. 1-2, p. 25.
- (7) Idem, I parte, cap. 4-3, ps. 76/90.
- (8) Idem, II parte, cap. 2, ps. 116/129.
- (9) Idem, I parte, cap. 3, ps. 51/63.
- (10) Respecto del fundamento de los derechos humanos ver: Massini Correas, *Derechos humanos y consenso*, ED, 122-975.
- (11) Maritain, Jacques, *La persona y el bien común*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1968, p. 73.
- (12) Quintas, *Análisi... cit.*, “Conclusiones”, cap. 1, ps. 252/263.
- (13) Sobre la doctrina del *ius resistendi* ver Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, cap. XI, ps. 199/231.
- (14) Maritain, ob. cit., p. 74.
- (15) Idem, p. 72.
- (16) Idem, p. 72, in fine.
- (17) Ver apart II in fine del presente trabajo.
- (18) Encíclicas: *Pacem in Tenis*, 2da parte, p. 63; *Gandum et Spes*, 1ra parte, cap. II, p. 26 y 27; *Redemptor Hominis*, III parte, pto. 17.
- (19) Ver al respecto lo argumentado por Bidart Campos, Germán J. en *La muerte como pena y la pena de muerte* en *Revista Criterio*, del 13 de setiembre de 1990, p. 477.
- (20) Ver este tema en Quintas, *Análisi... cit.*, Conclusiones, pto. 1; Maritain, *El hombre y el estado*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1984, cap. VI, pto. I, ps. 170/171 y *La persona y el bien común*, ya citado, Cap. IV, ps. 62/66.
- (21) Al respecto ver Guardini, Romano, *Libertad, gracia y destino*, P ed., Parroquial, 1987, I parte, cap. IV, ps. 63/74.
- (22) Carta Pastoral conjunta de los obispos de Nashville y Memphis Tennessee, EE.UU., del 14/5/1984, *Violencia y pena capital. Una nueva evaluación*, en Revista Criterio del 13/09/90, p. 485.

Aborto y Derechos Humanos

por Aldo Luis De Cunto

Publicado en: ED T. 149, p. 967-980.

[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

I. Relación entre el aborto y los derechos humanos.- II. Los derechos humanos como “acreencias”. A los valores humanos. - III. Los derechos humanos desde el consensualismo. - IV. El aborto y el derecho a la vida. - V. El concepto de persona y su implicancia en la valoración moral del aborto. - VI. El comienzo de la persona. - VII. El aborto en caso de embarazo no deseado o no previsto. - VIII. El aborto en caso de violación. - IX. El aborto terapéutico.-

I. Relación entre el aborto y los derechos humanos

La legalización o no del aborto en el plano del derecho positivo importa, como en verdad ocurre con toda decisión jurídico-política, la asunción de una postura filosófica respecto de las relaciones humanas. Importantísimo lugar ocupan en este planteo los derechos humanos, ya que IDS mismos son esgrimidos fundamentalmente por quienes propician la despenalización del aborto argumentando, entre otros, el derecho a elegir ser madre o padre. Por cierto que es valiosa una libre elección de ese tipo ya que se nos aparece descabellado, por ejemplo, que las personas deban ser obligadas por otras a procrear o a no procrear sin un verdadero deseo que oriente sus acciones en un sentido o en otro. Y más flagrante nos parece la violación de este derecho cuando es el Estado quien decide cuándo, cómo, con quién y cuántas veces procrear, tal como acontecía en el régimen hitleriano y en cierta medida ocurre respecto del número de hijos en la China comunista.

Ahora bien, quienes se oponen al aborto en su mayoría, no niegan este derecho a la libre elección de la paternidad sino que consideran que este derecho cede frente a otro más importante que es el de la vida de la persona por nacer. Lo cual baría suponer a su vez, que los “abortistas” no toman en cuenta esta vida o al menos para algunos no debe ser tomada en cuenta en los primeros meses de gestación. Veremos más adelante que estas posturas derivan de las distintas concepciones acerca del comienzo de la vida de la persona humana.

El propósito de este trabajo es tratar de precisar algunos aspectos de la relación entre el aborto y los derechos humanos y de esa manera esclarecer si el aborto es un legítimo ejercicio o una violación injustificable de tales derechos.

II. Los derechos humanos como “acreencias” a los valores humanos

El tema que pretendemos abordar, esto es, la relación existente entre el aborto y los derechos humanos, nos conduce a explicitar previamente qué entendemos por derechos humanos, ya que el juicio de valor que realicemos sobre el aborto dependerá en gran medida de ello. Reiteraremos aquí conceptos vertidos en ocasión de tratar el vínculo de los derechos humanos con el bien común y de éste con la pena de muerte (I). Cuando se habla de derechos se suele pensar en que los mismos se refieren a algo, de allí que sea frecuente la expresión “derecho a”. Esto nos da una primera idea acerca de la realidad de los derechos humanos como una relación o más bien una referencia a otra realidad. Siempre que alguien quiere que se respete algún derecho suyo, en verdad lo que busca es que se le reconozca ya sea por una acción positiva o por una abstención que le permita obrar la posibilidad de alcanzar aquello a lo que el derecho se refiere. Quien pretende ejercer su derecho al trabajo lo que pretende es “trabajar”, como quien requiere respeto por su derecho a estudiar, lo que exige es justamente “aprender”, “estudiar”. Es así que en todos los casos se trata de realidades que se reputan valiosas para quien es el titular del

derecho. Nadie en su sano juicio solicitará el respeto de su derecho a algo que no tenga cierto valor para sí.

Las realidades a las que se refieren, los derechos humanos son los valores humanos, esto es, aquellas realidades que desarrollan la naturaleza de la persona, que hacen a su plenificación de modo inherente, porque satisfacen exigencias estructurales de la misma. Estos valores son objetivos, en cuanto su esencia no depende de la apreciación subjetiva de la persona sino de su capacidad de satisfacción de las necesidades humanas, las que también son objetivas por cuanto las podemos verificar en la experiencia concreta. Así por ejemplo podemos decir que la enunciación valorativa: “promover la nutrición de las personas es un bien” es verdadera por cuanto se funda en el juicio descriptivo verificable en la experiencia concreta: “La nutrición desarrolla al hombre” (2). Este apoyo de los valores en las necesidades del hombre, de donde proviene su objetividad, no significa que del “ser” de las necesidades se deduzca el “deber ser” de los valores, ya que el valer no es un simple hecho ni una relación de hecho. Pero sí es una relación de mérito con relación a la estructura del ser. Esa relación de mérito es obra de la razón práctica que hace la comparación entre el “ser” de las necesidades y el “deber ser” que las satisface (3). Estas necesidades del hombre a su vez nos permiten inferir la naturaleza, la estructura de la persona, pudiendo distinguir tal como nos muestra la experiencia: una vida vegetativa - funciones de nutrición, crecimiento, reproducción - , animal o sensitiva - sentidos materiales - e intelectual o espiritual que es propia del ser humano - conocimiento de realidades que superan las circunstancias témporo-espaciales a través de la inteligencia y el deseo de alcanzarlas a través de la voluntad (4).

Consecuentemente la objetividad de los valores está dada por la idoneidad de los mismos para satisfacer las exigencias estructurales de la naturaleza humana compendiadas en las tres manifestaciones de vida que hemos enumerado. Por lo tanto el bien de la persona requiere de esta “satisfacción”, y por ende de los valores humanos, los que podemos clasificar sintéticamente, siguiendo a Quintas, en los que

desarrollan “específicamente” al hombre: de la religiosidad, culturales y de la prudencia moral; los que lo hacen “dispositivamente”: morales sociales, morales individuales y vitales; y los que lo hacen “instrumentalmente”: económicos (5). De esto podemos colegir que la naturaleza humana es el fundamento objetivo de los derechos humanos, por cuanto éstos son “créditos”, “acreencias”, que tiene la persona respecto de aquellos valores que plenifican su propia naturaleza. De allí que los derechos “vienen” con la persona desde el comienzo de su existencia y no son creación intelectual de la misma, así como que el reconocimiento de los mismos se impone de manera necesaria sin quedar al arbitrio de las demás personas o de los gobernantes, cuya actividad es imputada al Estado por el orden jurídico. A su vez si existe una jerarquía entre los valores humanos o en determinadas ocasiones la propia naturaleza humana exige que se “realice” un valor inferior antes que uno superior -tv. gr.: si por mis limitaciones físicas debo momentáneamente suspender mi actividad intelectual (valor cultural) para comer o descansar (valores vitales), ya que de otra manera mi equilibrio psicofísico se alteraría y no podría cumplir mi labor cultural -, habrá también una jerarquía entre los derechos humanos o habrá situaciones en que un derecho deberá ser reconocido con preferencia a otro por razones de urgencia. - p. ej.: derecho a la alimentación frente al derecho a estudiar, según el caso expuesto.

Este objetivismo axiológico como fundamento de los derechos humanos es una barrera infranqueable para el hombre, que de esa manera no puede argumentar justificación ética alguna para la violación de tales derechos. Toda otra fundamentación de los mismos que resida en la voluntad de las personas, no asegura su defensa en el plano teórico, pues que bastará que exista consenso de unos pocos, de la mayoría o aun de toda la sociedad humana, en el sentido de que ciertas personas deban ser privadas de sus derechos sin que pueda formularse crítica razonada a este tipo de decisiones. Este es el error en el que caen no ya el relativismo o subjetivismo ético a ultranza que hace depender la validez de los valores en el arbitrio de las personas o de las distintas sociedades sino también los intentos censensualistas o

intersubjetivistas que buscan un camino intermedio entre el subjetivismo y el objetivismo. Muy escuetamente haremos mención a algunas de estas posturas en el siguiente apartado.

III. Los derechos humanos desde el consensualismo

Los distintos autores que se ubican en esta línea consensualista, de quienes haremos una breve mención siguiendo a Massini Correas (6), argumentan en común que se debe arribar al concepto de derechos humanos a través de una discusión racional que debe reunir ciertos requisitos para garantizar la validez de sus conclusiones. Así Chaim Perelman considera que la fundamentación de los derechos humanos debe surgir a partir de la toma de posición del estudioso, por lo cual se origina en una decisión personal que se presentará como razonable al ser sometida a la aprobación del auditorio universal constituido por el conjunto de hombres normales, competentes para juzgar (7). En el caso del filósofo alemán Jürgen Habermas la posición es similar ya que expresa que “el sentido de la validez de una norma consiste en la pretensión de que todos los interesados deben asentir a una recomendación análoga cuando toman parte en un discurso práctico” (8), por lo tanto el consenso debe ser el resultado del proceso de un discurso, de un diálogo. Ahora bien. Habermas señala las condiciones ideales de dicho diálogo: 1) “que el consenso fundado sólo puede lograrse sin coacción” y 2) “con la equitativa distribución de oportunidades entre todos los participantes, para que elijan determinadas formas de diálogo” (9). Massini Correas ubica también en esta línea argumental al español Antonio Pérez Luño, quien frente al tema de los valores que dan contenido a los derechos humanos, interpreta que los mismos no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos como pretende el objetivismo, ni pueden reducirse al plano de los deseos e intereses de los individuos como propugna el subjetivismo. Por ello considera como alternativa una fundamentación intersubjetivista que parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones en las que la actividad discursiva de la razón

práctica permite obtener un cierto consenso abierto y revisable sobre el fundamento de los derechos humanos (10).

Consideramos asimismo dentro de esta corriente consensualista a la posición del profesor argentino Carlos Santiago Mino, por cuanto también él entiende que el planteo de la fundamentación de los derechos humanos sólo puede tener lugar dentro del marco de un “discurso moral”, el que “está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros” (11). También aquí se presuponen ciertos requisitos para el “discurso moral”, destacándose que el consenso o convergencia sólo puede lograrse a través de rima aceptación libre por Parte de los individuos de los principios para guiar sus acciones frente a los demás, que es el rasgo definitorio de la “autonomía moral” (12). A su vez tales principios de conducta deben reunir algunas condiciones mínimas: deben ser públicos - que todos puedan conocerlos - generales - que establezcan soluciones en base a propiedades y relaciones genéricas - , universales - que puedan ser esgrimidas por cualquier potencial participante en el discurso moral, sin tomar en cuenta sus circunstancias personales-, e imparciales (13).

Como expresáramos, las teorías recientemente reseñadas, más allá de sus particularidades, tienen el común elemento de intentar hallar la fundamentación de los derechos humanos, dentro del marco de un consenso que debe ser logrado a través de un discurso práctico. Sin embargo, tanto el consenso o este discurso de donde aquél procede, deben observar ciertos principios que se presuponen, sin explicarse muy bien por qué esto deba ser así. Ello ocurre con el concepto de “auditorio universal de hombres normales y competentes para juzgar” (Perelman), en la inexistencia de coacción y equitativa distribución de oportunidades entre los participantes del diálogo (Habermas), con “las condiciones en las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar al consenso” (Pérez Luño) Y otro tanto con las condiciones que deben

presentar los principios del discurso moral la aceptación libre de estos principios por parte de los individuos (Nino). Todos estos conceptos están haciendo referencia a rasgos particulares de la naturaleza humana, específicamente al tipo de vida intelectual o espiritual a la que hicieramos mención. Efectivamente, sólo tomando en cuenta la naturaleza de las funciones del ser humano, tiene sentido hablar de “normalidad”, “competencia para juzgar”, “libre aceptación de principios”, “obtención de consenso”, “equitativa distribución de oportunidades”, ya que con dicha terminología se está invocando a las exigencias de la propia estructura de la persona, en definitiva a valores humanos como la igualdad, la justicia que implican imparcialidad y equitativa distribución de oportunidades, la libertad psicológica que importa la libre aceptación de los principios morales. El libre consenso así, lejos de aparecer como el fundamento de los derechos humanos, no es más que la consecuencia de la propia estructura humana (14), que en cuanto a sus funciones intelectuales nacionales, exige que la persona “se convenza”, adhiera con convicción a una determinada idea, sin ser coaccionada para ello. De allí que el proceso intelectual deba ser libre, en el sentido de que no debe ser objeto de obstáculos o limitaciones, más allá de las que la propia naturaleza presenta. El consenso, esto es la adhesión intelectual de un grupo de personas a una determinada proposición, por su esencia debe ser libre, porque no puede haber consenso sin previa convicción y ésta no puede tener lugar sin libertad psicológica, caso contrario se “adulterarla” todo el proceso racional. Por lo tanto, sólo así pueden entenderse las condiciones que el consensualismo exige, esto es, a partir de una fundamentación en la propia estructura del ser humano, en su naturaleza objetiva, que sí es el fundamento de los derechos humanos.

En definitiva, podemos concluir que las teorías consensualistas al hacer radicar el fundamento de los derechos humanos en el mero consenso y al no enraizar esta noción del consenso en las exigencias de la estructura objetiva del ser humano, son una versión relativista Y por lo tanto otorgan una endeble base para la defensa de los derechos humanos frente a violaciones que de

los mismos puedan hacerse a partir justamente del consenso de los hombres. Y sobre esto la historia brinda múltiples ejemplos. La mención a estas posturas consensualistas sirve para esclarecer la relación de los derechos humanos con el aborto -objeto de este trabajo- y las consecuencias de las mismas al respecto se intentarán reflejar en los pasos siguientes.

IV. El aborto y el derecho a la vida

Hemos observado que desde una posición basada en el realismo objetivista los derechos humanos pueden considerarse como “créditos” a los valores humanos que hacen al desarrollo integral de la persona, según las exigencias de su propia estructura ontológica. Y mencionamos entre los valores que desarrollan la naturaleza humana “dispositivamente”, esto es que “disponen” a dicha naturaleza de tal manera que se favorece su plenificación, a los vitales que satisfacen las funciones implicadas en la vida vegetativa -nacer, crecer, nutrirse, reproducirse-. Estas funciones vitales son el sustento biofísico para que la persona pueda cumplir las funciones que hacen a las vidas “sensitiva” y “espiritual”. Es obvio que sin un adecuado desarrollo psicofísico es imposible lograr una adecuada plenificación de las funciones superiores que nos permiten conocer la realidad exterior, ya sea sensible o espiritual, lo que implica que la realidad “sujeto cognoscente” debe lograr un estado óptimo para acceder a la información que le suministra la realidad “objeto a conocer”. Esto nos lleva a señalar a la vida como un valor vital básico, en realidad la vida es el estado necesario para que las funciones de la vida vegetativa y por ende también las sensitivas y espirituales, puedan tener lugar. El cumplimiento de las distintas funciones que desarrollan la estructura antropológica solamente puede darse mientras haya vida. Por ello, la muerte o ausencia de vida es el estado en el cual las funciones antedichas cesan, es decir dejan de cumplirse. Como se aprecia, la vida es un valor, un bien para la persona, y por lo tanto ésta tiene una “acreencia”, un “derecho” a la vida que debe ser respetado. Más aún desde una visión trascendente de la persona, en virtud de la propia dignidad y fin del ser humano dotado de un alma espiritual que

perdura más allá de la vida física, que se extingue con la muerte, la cual no termina con la vida espiritual del alma humana, que es inmortal (15). Y en la medida en que la vida es un valor que permite la obtención de otros valores, a su vez el derecho a la vida es el sustento en el cual radican los demás derechos (16).

Lo dicho confiere a la vida un valor elevadísimo que la sitúa jerárquicamente en lugares superiores de la escala axiológica, si bien no es necesariamente el más alto (17). Consecuentemente si el aborto es una manera de “matar”, es un modo de acabar con la vida, y como tal es una violación de un derecho elemental según quienes adoptan una postura contraria a su legalización. Sin embargo, quienes asumen una posición pro abortista, esgrimen distintas razones, siendo peculiarmente importante aquella por la cual se aduce que si bien el aborto pone fin a una vida, esta vida no es la vida de una persona humana, infiriéndose que no hay aún derecho humano “a la vida” violado en el acto de abortar. Estas aseveraciones exigen que precisemos ante todo el concepto de aborto. Podemos adherir a una definición básica que se ha dado del aborto diciendo que es: “la terminación intencional del embarazo, induciendo la pérdida del feto” (18). Es relevante aquí que se trate de terminación intencional, ya que si estamos frente a una interrupción espontánea del embarazo no se trataría de un acto susceptible de valoración moral, por lo tanto no nos interesa incluirlo dentro del concepto de aborto a los fines de su enjuiciamiento.

Consiguientemente, si damos por sentado que el aborto es la terminación intencional del embarazo, la primera consecuencia que se deduce de ello es que se mata, se suprime la vida del ser que se está gestando durante los nueve meses que, generalmente transcurren entre la fecundación y el nacimiento. Si se considera a ese ser como ser humano, su vida será reputada vida humana y por lo tanto el aborto importaría la violación de su “derecho a la vida”. En caso contrario no habría tal cosa y el aborto, por qué no, debería ser juzgado moralmente lícito, y en consecuencia jurídicamente despenalizado. Como se vislumbra, un tema clave a resolver es el

status moral del ser gestado, lo cual nos remite al problema del comienzo de la vida humana.

V. El concepto de persona y su implicancia en la valoración moral del aborto.

La experiencia concreta nos demuestra ante todo una realidad incontestable, el ser “por nacer” no es igual al ser ya nacido, en el sentido de que no cuenta con idénticas características. Pero también es cierto que el propio ser “por nacer” al mes de gestación también es distinto al que tiene seis o siete meses. Y lo mismo podemos decir del bebé recién nacido respecto del niño de once años, y a su vez de éste con el joven de 25 o el adulto de 50 años. Es obvio que el desarrollo de los órganos y funciones psicofísicas en el ser concebido de un mes de vida es notoriamente inferior al del recién nacido. Pero si pensamos detenidamente en las funciones de los tres “tipos” de vida de las personas, que mencionáramos, se puede concluir que recién en la juventud el hombre cuenta con una plena capacidad de desarrollo de las mismas. Y en cuanto a las funciones de la vida intelectual, podemos decir que son las últimas en desarrollarse plenamente en lo que se refiere a su uso, lo cual es comprensible dado que, justamente el “uso de la razón” requiere para su plenificación de la socialización de la persona, que se completa aproximadamente en la juventud. Sin embargo este desarrollo gradual de las funciones implicadas en la estructura antropológica, también se da con las pertenecientes a la vida vegetativa como la reproducción, ya que su plenitud se alcanza alrededor de la pubertad y otro tanto ocurre con las facultades sensitivas, ya que el recién nacido si bien ve y oye no lo hace de la misma manera que al cumplir seis meses de edad (19). Esto nos conduce a afirmar que los tres tipos de vida que enunciamos y las funciones de las mismas no se encuentran desarrolladas en el ser humano ab initio desde la concepción, sino que van complementándose paulatinamente en un proceso que puede extenderse hasta la juventud o más allá de ella.

Quienes adoptan una postura en favor de la despenalización del aborto suelen distinguir entre “ser humano” y “persona”,

advirtiendo que si bien desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide habrá un código genético único, esto quizás sea suficiente para marcar el comienzo de la vida humana, pero no de la persona, ya que una cosa es el ser humano como miembro de la especie biológica *homo sapiens* y otra la persona como miembro completo de la comunidad humana (20). Esto implica que si sólo la persona debe ser objeto de reconocimiento moral y por lo tanto sujeto de derechos, hay seres humanos que no lo son Y en consecuencia carecen de derechos humanos. Los distintos autores de esta corriente, más allá de las diferencias que puedan existir entre ellos, coinciden generalmente en que recién puede hablarse de persona, cuando se da en el ser humano un cierto desarrollo cerebral que permita la existencia de determinadas facultades como la capacidad para la inteligencia humana, incluyendo la conciencia y la autoconciencia. Y esto encuentra su fundamento en que sólo un ser que tenga intereses puede ser sujeto de derechos y para tener intereses es necesario ser consciente. Dicho desarrollo cerebral se alcanza recién hacia la vigésimo octava semana de vida, antes de lo cual no habrá persona (21). Tampoco aceptan quienes sostienen esta distinción entre ser humano y persona, que exista identidad personal entre el feto desde su concepción y el recién nacido, ya que la identidad importa tener conciencia de sí mismo y como tal necesita de la autoconciencia y de la memoria para tener lugar, y éstas sólo se hacen presentes en una determinada etapa del desarrollo de la vida cerebral -como se acaba de expresar-, ya que presuponen una continuidad psicológica además de corporal (22). No admiten el argumento de la potencialidad esgrimida por los antiabortistas, toda vez que –arguyen- si se protegiera la vida del ser concebido porque es una persona en potencia, es decir, porque en el futuro adquirirá las facultades que se atribuyen a la persona, también debería reconocerse el mismo derecho al espermatozoide y al óvulo. Y hasta se argumenta el ejemplo, en el cual, serían pasibles de ser titulares de derechos, ciertos animales si en el futuro se descubre una sustancia que pueda desarrollar el cerebro de los mismos al mismo nivel que el humano (23).

Consideramos que esta concepción, que en definitiva “concede” u “otorga” derechos a quienes tienen “intereses”, es decir a aquéllos que logran un determinado desarrollo cerebral que les permita tener autoconciencia, encuentra su justificación acabada en el consensualismo al que hicieramos referencia en el apartado III, ya que según esta doctrina, sólo serían personas, en un sentido moralmente relevante, quienes pueden integrar “el auditorio universal de hombres normales y competentes para juzgar”, o participar en “el discurso moral” o de “la actividad discursiva de la razón que permita Obtener un cierto consenso”, según las expresiones utilizadas por los autores citados. En definitiva, encontramos que esta distinción entre persona moral y ser humano es una derivación lógica del consensualismo por lo tanto, según esta óptica doctrinaria, el aborto no se traduciría en violación del derecho a la vida, al menos si se practicase antes de que el feto adquiriera determinado desarrollo cerebral.

Ahora bien, si se es realmente consecuente, desde esta posición debería justificarse el infanticidio, ya que es obvio que los recién nacidos y los niños carecen de un cierto grado de autoconciencia o de desarrollo de sus facultades intelectuales que les permita ser “persona” en un sentido moralmente relevante. En efecto, como dice el propio Farrell (24), hay autores que al aceptar el aborto en base a estos principios, admiten “coherentemente” el infanticidio. Sin embargo, en su opinión, los casos no serían idénticos, ya que en el caso de los niños tenemos “alternativas disponibles”, esto es, que si los padres no quieren criarlos, habría otras personas interesadas en receptor a estos chicos como hijos en su hogar, mientras que en el caso del aborto el feto no puede vivir fuera del útero materno (25). Esta apelación a las “alternativas disponibles” no es más que un recurso contingente que siempre va a hacer depender el derecho a la vida de los menores en “intereses ajenos”, de personas adultas, puesto que ellos no los poseen “en sí”, por lo cual no son personas en sentido moral. En el caso en que no existan otras personas interesadas en criar a estos niños, los mismos deberían ser sacrificados. Todavía se podría aducir, que el Estado debería

hacerse cargo de ellos, pero si no son personas, ¿por qué debería la sociedad a través de su organización política asumir este deber? Si no le interesa a nadie que ellos vivan, ¿con qué fundamento debería protegerlos el Estado? Y no argumentemos que siempre existirá una persona bien intencionada a quien le importe la suerte de estos seres, ya que bastarle pensar en menores reclusos por cometer delitos penales, o en deficientes mentales o enajenados, para llegar a la triste conclusión que son muy pocos a los que les importa la vida de estos seres humanos, empezando por sus familiares que los “depositan” en instituciones oficiales. Y si el Estado carece de recursos para mantenerlos y conservarlos, ¿habría aquí “alternativa disponible”? Sinceramente no encuentro otro fundamento firme para sustentar la protección a la vida de estos individuos de la especie humana que apreciar su “status moral” como personas.

VI. El comienzo de la persona

Hemos dicho que el ser humano va desarrollando sus potencialidades esenciales a lo largo de un período que, aproximadamente, puede situarse hasta la adolescencia y la juventud como regla general. Y este desarrollo o plenificación se da respecto de las funciones de los tres tipos de vida que encontramos en el ser humano. Ahora bien, por esta razón y por el razonamiento seguido en el apartado precedente, es que nos parece arbitrario establecer en un determinado momento de ese desarrollo el comienzo de la persona. Porque si lo que define al ser humano y que lo hace distinto de las especies vivientes es la naturaleza espiritual de las funciones que corresponden a la vida intelectual -ya que sólo una naturaleza inmaterial puede conocer realidades que escapen al tiempo y al espacio (26)- debe considerarse que a partir de la presencia de los tres tipos de vida reseñados, hay “derecho”, “acreencia”, a los valores que la estructura antropológica exige y por lo tanto tendría lugar el derecho básico por excelencia, en cuanto “soporte” de los demás, el derecho a la vida.

Mucho se ha discutido acerca del comienzo de la vida espiritual, o en términos teológicos, del momento en el cual el alma

espiritual es infundida por Dios al cuerpo material, habiendo considerado los más insignes teólogos como Santo Tomás, que esto se producía en un determinado instante posterior a la concepción, de allí que se hablara de feto o embrión inanimado o animado (27). Sin embargo, los descubrimientos científicos en la materia se han encargado de demostrar que desde la concepción se encuentra toda la información genética necesaria para especificar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo, tanto en lo laico como en lo psíquico, lo que nos lleva a concluir que están ya presentes los tres tipos de vida mencionados, independientemente del desarrollo ulterior de las diversas funciones y de los órganos que las cumplen. Lo cierto es que desde la concepción existe un nuevo código genético, es decir una nueva vida humana individual que tiene especificadas todas las cualidades que lo distinguen del resto de los individuos de su especie y que hacen a su vida vegetativa, sensitiva e intelectual (28). De esto se infiere que desde ese momento hay derecho a la vida, porque se es acreedor a los valores que hacen al desarrollo de la estructura humana. Mas cabe recordar que la concepción no es simultánea a la fecundación, ya que la primera tiene lugar una vez que se forma el código genético, lo que ocurre cuando los veintitrés cromosomas maternos se unen a los veintitrés cromosomas paternos (29), unión que acontece en un lapso de aproximadamente 48 horas después de la fecundación, esto es de la unión del espermatozoide con el óvulo, cuando se fusionan los núcleos de ambas células genitivas (30).

Esta “posterioridad” de la concepción respecto de la fecundación nos lleva a considerar la inexistencia de aborto al interrumpir el proceso genitivo en una etapa anterior a la unión de los cromosomas, es decir antes de la conformación del mapa genético. Es claro que se trata de un lapso de tiempo muy reducido -48 horas como máximo- y en la práctica esta distinción que juzgamos moralmente relevante ya que aún no hay persona, sólo tiene trascendencia en los casos de fecundación artificial, en los cuales se congelan estos óvulos fecundados sin código genético formado - ovocitos pronucleados- (31). Reiteramos entonces, que antes de la

conformación del mapa genético no hay concepción de un nuevo ser y por lo tanto no hay persona, no existiendo aborto en ese lapso anterior a la concepción. Ello, sin perjuicio de que desde una postura creyente, el hombre debe respetar no sólo la vida humana ya existente, sino también el proceso que la origina (32).

Como síntesis de lo expresado, podemos decir que el aborto al terminar con la vida de un ser humano que es persona desde el momento de la concepción, viola su derecho a la vida, siendo un acto moralmente disvalioso. Sólo desde una perspectiva objetivista que haga radicar el fundamento de los derechos humanos en la propia naturaleza humana, se pone una valla infranqueable a las violaciones que en la materia se dan no sólo como el aborto, sino también frente al infanticidio y demás genocidios como el de los “menores delincuentes” o de deficientes o enajenados mentales.

Las críticas que se han efectuado a esta postura, en cuanto hace coincidir el origen de la vida humana con el de la persona, no toman en cuenta la diferencia cualitativa del ser humano frente a las otras especies vivientes. Ya que si lo que distingue al hombre es la naturaleza espiritual de sus funciones intelectivas y las mismas se dan ya especificadas en sus cualidades desde la conformación del código genético, la existencia de este último es moralmente relevante y no por ello comparable al código genético de un animal o de un vegetal (33). Que las funciones implicadas en los tres tipos de vida presentes desde la concepción, alcancen su plenitud como resultado de un desarrollo ulterior, no agrega nada desde el punto de vista moral, ya que las mismas y los órganos que las cumplen no son los que tienen los “derechos” al desarrollo, sino que es la persona quien tiene “derecho” a que no se interrumpa ese proceso de plenificación desde que se dan en ella los elementos que definen su naturaleza. Por ello carece de validez la crítica que se basa en que si debemos reconocer derechos al feto porque potencialmente es persona -por cuanto puede llegar a serlo-, también tendrían derecho a la vida el óvulo y el espermatozoide o ciertos animales si en el futuro se los pudiera dotar de un cerebro humano según el ejemplo ya mencionado (34). Entendemos que en el

primer caso estamos frente a dos células humanas que tienen capacidad genitiva, pero de ninguna manera están dotadas de las características del ser humano, las que recién aparecerán con la unión de sus pronúcleos, y en el segundo ejemplo no se hace más que aplicar el razonamiento que desconoce la diferencia de la naturaleza espiritual del hombre respecto de la de los animales. En definitiva, el ser concebido no es “potencialmente” persona porque en esencia no le falta nada para serlo, es “potencialmente” una persona en la plenitud de sus facultades como lo son también los recién nacidos, los niños o los propios adolescentes, lo que conduce a considerar al aborto “en general” como una violación de su derecho a la vida y por ende moralmente disvalioso, debiendo ser legalmente punible.

VII. El aborto en caso de embarazo no deseado o no previsto.

Hasta ahora hemos examinado desde el punto de vista moral el aborto en general, es decir la interrupción de la gestación de un ser humano, sin que medien otras razones que la negativa de los padres a que su hijo nazca, pero dando por supuesto que existió un acto sexual libre y que no se encuentra en peligro la vida de la madre. Hay quienes hacen distinción entre el aborto cuando Interrumpe un embarazo no deseado pero que no fue producto de una violación y aquél en el cual el embarazo fue deseado o al menos previsto, y luego se lo quiere interrumpir. Se podría considerar que en este último caso los padres deben asumir la responsabilidad por las consecuencias de su conducta libre, ya que desearon o al menos previeron la concepción del nuevo ser, mientras que en el caso de embarazo no deseado -v.gr.: si se realizó el acto sexual con uso de algún método contraceptivo- tendrían menos responsabilidad o ninguna y por lo tanto existirían razones morales más fuertes para justificar el aborto. Demás está decir que desde una óptica doctrinaria que encuentre éticamente lícito el aborto en general, la distinción antedicha carecerá de sentido ya que se juzgará válido en ambos casos. Ahora bien, si enfocamos la cuestión desde una postura objetivista, como la explicada en el apartado anterior, la distinción mencionada tampoco

tiene razón de ser, ya que siempre estaremos violando el derecho a la vida de una persona y ante dicho derecho no tiene preeminencia el “derecho” a impedir que se produzcan consecuencias no deseadas de un acto libre y que causan molestias. Amén de ello, sabemos que en los hechos siempre el embarazo es un “efecto previsible” del acto sexual, ya que no existe método anticonceptivo que garantice totalmente la no producción del mismo.

Es interesante referenciar un ejemplo que cita Farrell que se utiliza para defender moralmente el aborto y que expone un caso éticamente análogo (35). En el mismo se describe que un violinista famoso se encuentra internado en un centro de salud por padecer de una enfermedad fatal al riñón y se descubre que una sola persona tiene el tipo de sangre adecuado para salvarlo y para ello debe permanecer conectado al mismo durante nueve meses. Puede ser que esta persona preste su consentimiento a que se lo conecte y luego se arrepienta. Aquí se daría el mismo caso de un embarazo deseado y que luego no se quiere continuar, y a nadie se le ocurriría pensar que la persona conectada tenga la obligación moral de continuar ligada al violinista. También puede darse el caso en que esta persona llegue por casualidad al piso donde está internado el músico -fue a visitar a un amigo- o en realidad no tenía que ir a ese piso pero se equivocó al accionar el botón del ascensor, baja en el mismo y hasta puede darse que sabía que lo estaban esperando para conectarlo al paciente. Finalmente puede darse un caso aún más extremo en el cual directamente a esta persona se la secuestre para ligarla al sistema circulatorio del músico. En todas las circunstancias reseñadas debemos coincidir en que no existe deber moral de permanecer conectado. Y que estos ejemplos serían análogos a los del embarazo no deseado o el caso más problemático de embarazo como producto de violación.

Dejando de lado la hipótesis de aborto en caso de violación para ser analizado más en detalle, debemos decir que los ejemplos expuestos son análogos pero no moralmente idénticos al del aborto en las situaciones reseñadas. Y por lo tanto las soluciones morales tampoco deberán ser idénticas. En efecto es lógico y razonable que

nuestro personaje -la persona conectada para salvarle la vida, al violinista- se “desconecte” aun sabiendo que el músico morirá y dicha acción no será considerada moralmente disvaliosa. Por supuesto que si a pesar de las molestias que le ocasionará estar nueve meses internado decide, a fin de proteger la vida ajena, permanecer conectado, esta última decisión debe ser reputada más valiosa que la anterior, mas aquélla no por ello será disvaliosa y por lo tanto Inmoral e ilícita jurídicamente.

Esta valoración se basa en que entre el violinista y la persona conectada sólo puede exigirse una relación de justicia, entendida ésta como valor moral social, según la clasificación que mencionáramos en el apartado I. La justicia es un valor moral social porque tiende al perfeccionamiento del hombre en el plano de la acción -valor moral- y porque está dirigida al bien de los demás -valor social- (36) y consiste en dar a cada uno lo que le es debido, según la definición de Ulpiano (37). Y “lo debido” son los valores y por ende el reconocimiento de los derechos a los mismos que hacen a su desarrollo como persona, ya que es la “personalidad”, la propia, naturaleza espiritual del hombre, la que lo hace “acreedor” de “lo debido” (38). Ahora bien, si se debe dar a cada uno lo suyo, “lo debido”, se deduce de ello que no se le puede quitar al otro lo que ya tiene con derecho, es decir en razón de un valor. Pero ello no implica que se esté obligado a mantener al otro en la posesión de sus derechos. Es así que la persona de nuestro ejemplo, “en justicia”, no tiene ninguna obligación de conservar la vida del violinista, por lo tanto no es moralmente injusta su decisión de “desconectarse”. En cambio si se analiza la cuestión desde otro valor moral social como es la caridad o el amor, que implica una actitud de entrega y donación hacia los otros y olvido de las cosas propias (39), este valor sólo se cumplirá si nuestro personaje acude a mantenerse “ligado” al enfermo. El caso es que el “orden jurídico” no debe exigir conductas caritativas, sino justas, porque es la justicia el valor central en torno al cual giran los demás valores ético-jurídicos (40) y es así que la decisión de no conservar la vida al enfermo es moralmente justa.

Llegados a este punto debemos explicar el motivo por el cual considerábamos los casos de aborto como análogos y no como idénticos al ejemplo expuesto. Ante todo si el violinista fuera familiar de la persona que debe conectarse con él ya valoraríamos un poco más negativamente su actitud, puesto que se supone que el vínculo familiar crea entre las personas un afecto y una disposición de entrega que excede los meros límites de lo justo. Con todo, tampoco nos parece moralmente exigible desde el orden jurídico que se salve la vida del músico. Pero en el caso del aborto nos encontramos ante todo frente a un vínculo familiar y no sólo ello, sino frente a la relación materno-filial, que adquiere aquí una importancia fundamental, ya que la madre es quien no sólo “mantiene” sino que también “comunica” la vida al feto. La familia es el primer grupo en el cual la persona interactúa su socialidad, donde comienza la socialización que su propia naturaleza exige para alcanzar su plenitud. Es por ello que el orden jurídico debe prestar especial atención y protección a dicho grupo social y a las relaciones que en él se dan. Entre éstas, la materno-filial adquiere una importancia mayor debido al paradigma y vehículo de transmisión de valores que representan los padres para los hijos. Y en la etapa del embarazo el vínculo entre madre e hijo es “vital”, en el literal sentido de la palabra, ya que como quedara dicho el hijo conserva su vida a través de su unión con la madre. Es así que la justicia, lo “debido”, aquí exige más que respetar la vida del otro, sino que le exige a la madre o a los responsables de la decisión de abortar, conservar al ser por nacer en el estado necesario para que su vida no cese.

Esta exigencia más severa que se presenta en las relaciones familiares continúa más allá del parto. Es en virtud de ello que el orden jurídico puede obligar a un padre a mantener material y espiritualmente a sus hijos, pero no puede obligarlo a cumplir con lo mismo respecto de personas extrañas a él. El propio derecho penal, ámbito en el que se sitúa el aborto a los fines de su consideración como delito, toma en cuenta las relaciones familiares en el caso del parricidio, filicidio o asesinato del cónyuge, que agravan al homicidio (art. 80, inc. 19, cód. penal), o del abandono de persona (art. 106, cód.

penal), donde precisamente se castiga una omisión, lo que implica exigir como obligación conservar la vida de otro y no sólo no dañarla o quitarla. Es así que tratándose de una relación familiar es “justo” mantener al feto con vida y por ello el aborto es moralmente disvalioso, no importando si el embarazo fue o no deseado o previsto.

VIII. El aborto en caso de violación

En el caso del aborto que interrumpe un embarazo causado por una violación, las consideraciones de carácter moral no son diferentes a las efectuadas precedentemente. Si el aborto importa, como hemos razonado, el asesinato de una persona, no justificaría éticamente al asesino o a quien dé el consentimiento -la madre que autoriza al médico-, a terminar con la vida de esa persona el hecho de que la madre haya sido objeto de otro delito -violación-, y por dicha razón haber quedado embarazada. En el ejemplo que cita Farrel comentado Más arriba, la situación análoga se daría en caso de que una persona fuera secuestrada para ser “conectada” al violinista para salvarle la vida. Aquí la falta de libertad se da en el secuestro, en el caso del aborto en la violación previa que “impone” a la madre el embarazo consecuente. Tampoco aquí las soluciones son idénticas porque debemos reiterar lo argumentado en el apartado anterior, en el sentido de que el valor justicia impone obligaciones más severas cuando se trata de un vínculo familiar, y por lo tanto el deber aquí no es sólo de respetar la vida ajena sino también de conservarla. Se podría argumentar que entre la madre y el ser por nacer no hay un vínculo familiar Y menos aún afectivo al haberse concebido mediante una violación, y que sólo existe una mera relación genética. Encontramos comprensible que en este caso a la madre le sea muy difícil sentir o profesar afecto por ese ser gestado, aunque no imposible Y de hecho hay casas en que la madre acepta a ese hijo. Ahora bien, en los embarazos no deseados tampoco hay una “espera feliz” del nuevo ser y eso es lo que hace que muchas madres en estas casas -por lo general quienes no conviven con el padre, es decir las madres solteras- entreguen en adopción a sus hijos. No queremos con esto minimizar el hecho de la violación, es obvio que aquí nos

encontramos frente a una experiencia por demás traumática para la madre. Lo que nos importa recalcar es que tanto en el embarazo no deseado como en el caso de violación, se establece una relación familiar, la materno-filial, más allá del mayor o menor afecto que la madre sienta por el hijo. Y que en virtud de ello que debe “conservar” esa vida alumbrada y no sólo respetarla. Pero por lo demás, dada la comunicación vital entre madre e hijo en lo fáctico será casi imposible respetar esa vida sin conservarla, lo cual sí puede darse en la cita de Farrell mediante la desconexión del enfermo.

Con todo podría darse el caso de aborto indirecto que examinaremos más en profundidad al tratar el aborto terapéutico. El mismo consistiría en crear una situación tal que el feto no pudiera sobrevivir, pero sin atacarlo directamente. Es decir oye se relevaría a la madre del deber de “conservar” la vida del hijo, y sólo se le impone el de no quitársela o atacarla, siempre desde el valor moral de la justicia. Pues bien, para que esto pueda tener lugar, es decir para equiparar al vínculo familiar con otro cualquiera más débil en cuanto a la exigencia de los deberes que engendra, deben darse situaciones realmente excepcionales en las cuales están en juego valores de similar jerarquía. Tomando un caso análogo, por ejemplo, se podría eximir a un padre de enviar a su hijo a la escuela primaria si el mismo -el padre- se halla postrado gravemente enfermo y necesita de la atención casi permanente de su vástago. Obviamente que el Estado debería implementar un sistema de salud pública que permita la atención del progenitor y a su vez la instrucción del menor, pero puede ocurrir que dicho sistema no se dé. En este caso el padre no impide, no obstaculiza la educación de su hijo mediante una prohibición expresa, lo que nunca puede ser aceptado, sino que al reclamar su atención, no “conserva” la posibilidad del hijo de acceder a la instrucción pública. Entiendo que estando en juego la salud del padre, se lo podría relevar “justamente” de su deber de “mantener” el acceso a la educación de su hijo por tratarse de un valor “más urgente”.

Volviendo entonces al caso del aborto, no existen dudas de que en caso de aborto no deseado o no previsto, no hay ningún valor de la madre comprometido superior a la vida del hijo. Y siendo consecuentes tampoco lo hay en el aborto en caso de violación. Podemos decir que en este caso frente a la vida del hijo se alzaría la integridad psíquica de la madre, a quien se la obliga a mantener un embarazo que le ocasiona graves consecuencias psico-emocionales y que pueden aumentar en caso de llegar al alumbramiento. Con todo, siempre se va tratar de un valor inferior a la vida del hijo y ello por cuanto la madre puede “recuperarse” psíquicamente mientras que al hijo nadie le va a devolver la vida. Y más cuando la madre no tiene la obligación de “criar” a ese hijo, a quien puede entregar en adopción en caso de no “sentirse” madre de ese hijo y carecer de la capacidad de amor necesaria para criarlo. Es más, es un acto no sólo de justicia sino también de caridad, desprenderse de ese hijo si se considera que para el desarrollo integral del mismo es mejor que sea criado por otras personas. Es por ello que el aborto en caso de violación es moralmente injusto.

Otra cuestión es indagar si por ser moralmente injusto, deba ser reputado delito penal. En nuestra legislación criminal mediando – obviamente- consentimiento de la madre, no es delito (conf. art. 86, parte 2º, inc, 29, cód. penal). La cuestión de calificar o no al aborto en caso de violación como delito penal, está íntimamente vinculada al concepto del derecho penal, el cual “regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles” (41). Es decir que el derecho penal es la rama del derecho que castiga a los autores de delitos, los que deben ser antijurídicos y como tal injustos, pero no todo acto injusto es tipificado penalmente, sino solamente aquéllos que afectan valores y por ende derechos de otras personas jerárquicamente importantes. Como sus sanciones, las penas, son más graves que las de otras ramas del derecho, los actos que castiga y que se tipifican como delitos penales, deben ser a su vez más graves respecto de otros ilícitos pertenecientes a otras ramas del derecho Así el incumplimiento de la obligación de pagar una deuda es un acto Injusto con una sanción

civil que es la ejecución forzada del crédito, pero carece de solución penal, sin dejar de ser injusto. La injuria grave vertida por el marido a la cónyuge es un acto moralmente injusto con una sanción civil que es el divorcio, pero no es posible de sanción penal. En cambio en nuestra legislación el adulterio es sancionado tanto civil como penalmente. Esto nos lleva a manifestar que la inclusión de un acto injusto dentro del elenco de los delitos penales es una cuestión de derecho positivo, lo que no significa que pueda quedar discrecionalmente a merced de la voluntad o de la valoración de la sociedad. Ahora bien, justamente por ser sus sanciones muy graves, el derecho penal no puede exigir conductas heroicas, que impliquen un notable sacrificio por parte de las personas a fin de no cometer un acto injusto. Porque lo moralmente justo muchas veces es arduo de cumplir, pero no por ello deja de ser justa.

El aborto en general, además de ser moralmente injusto, está bien incluido como delito penal, ya que no cometerlo no implica ninguna conducta heroica. ¿Sería exigir una conducta heroica no cometer aborto en caso de violación, tipificándolo penalmente? Creemos que dada la diferencia de jerarquía entre la vida del hijo y los valores de la madre que pueden verse afectados, que podemos englobar bajo el de integridad psicofísica, en principio no sería irrazonable exigir no practicar el aborto y en consecuencia debería ser sancionado penalmente. Claro que debería tratarse de un delito excarcelable y con una pena mucho menor a la del aborto común, por lo que la violación sería considerada como una atenuante. Con todo somos conscientes que en la práctica podrían darse situaciones que exculpen a la madre, si el desequilibrio psíquico provocado por la violación llega a niveles tales que no le permitan comprender la criminalidad del acto o poder dirigir sus acciones (conf. art. 31, hin. 19, párr. 19, cód penal). Esta conclusión a la que arribamos, que es más severa a la que brinda la actual legislación penal, y que puede aparecer como excesiva para la madre que además de sufrir los efectos psicofísicos de la violación afronta la obligación de dar a luz a ese hijo, se basa fundamentalmente en el respeto del derecho a la vida de ese ser inocente frente a la angustia y desequilibrio emocional -de

allí la denominación de aborto sentimental- de la madre. Sin duda deberá ser objeto de atención psicológica apropiada y su situación debe ser tomada en cuenta, de allí que el delito deba ser ex-carcelable, pero una auténtica defensa de los derechos humanos impone que la legislación penal proteja la vida del niño, quien, repetimos, es totalmente ajeno al delito sufrido por la madre.

IX. El Aborto Terapéutico (42)

Nos encontramos finalmente con el caso moralmente más complejo, que es el del aborto terapéutico, esto es, el practicado en el caso de que la continuación del embarazo ponga en serio peligro la vida o la salud de la madre. No es delito penal en nuestra legislación (art. 86, parte 2°, inc. 1°, Cód. penal). Se ha argumentado que se trata de un típico ejemplo de legítima defensa, ya que la presencia del feto constituye una agresión para la vida de la madre (43). Frente a quienes argumentan que no existiría agresión del feto por tratarse de un ser inocente, se citan ejemplos en los cuales la legítima defensa es aceptada frente a ataques de quienes no son responsables de sus acciones y por lo tanto también son inocentes. Así podemos llegar a matar a un demente o a un niño eme nos ataca cuando no hay otra manera de repeler la agresión, volviendo al ejemplo citado, si a la persona entubada al músico con una afección nefrítica se le anuncia que lamentablemente morirá como consecuencia del tratamiento, puede “desentubarse” y dejar que el violinista muera, siendo su conducta “moralmente” justa (44).

Para examinar si en el aborto terapéutico estamos frente a un caso de legítima defensa, conviene recordar las características de la misma, los requisitos contenidos en nuestro código penal (art. 34, incs 6° y 7°), Nuñez enumera los siguientes: a) una agresión ilegítima; b) a la persona propia o de otro o a sus respectivos derechos; c) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; d) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, y e) en el caso de defensa de otro, si éste provocó al agresor, que el defensor no haya participado en la provocación (45). Es importante la primera

exigencia, esto es, la agresión ilegítima, lo que implica que debe ser una conducta no arreglada a derecho en el sentido de “injusta”, desde el valor objetivo de la justicia. Por ejemplo si el agresor, en realidad agrede porque fue objeto de una provocación que justifica su conducta, ésta es arreglada a derecho, de allí que también se exija que el que se defiende no haya provocado la agresión. Esto nos conduce a una concepción “objetiva” de la agresión ilegítima, es decir que lo que define a la misma es la existencia de una conducta sin justicia (46). Consecuentemente, no hace a la definición de agresión ilegítima que la misma sea actuada por una persona capaz o incapaz. Ello tendrá relevancia para examinar la culpabilidad o no de la agresión, pero no para constituir su ilegitimidad a los fines de la legítima defensa. Por lo tanto actúa dentro de los límites de ésta, quien, v. gr.; mata a un demente o a un niño que lo ataca sin motivo justificado, a fin de salvar su vida o su salud, y sin que se cuente con otra alternativa menos gravosa para su defensa.

Dicho lo anterior, notamos que tanto el caso del ejemplo citado por Farrell y del aborto terapéutico, no encuadran dentro de los requisitos de la legítima defensa. Y no lo hacen, no porque se trate de “supuestos agresores inocentes” -el violinista o el feto-, sino porque ninguno de ellos está cometiendo una agresión ilegítima, ya que sencillamente no están desarrollando ninguna conducta moralmente relevante. Sólo están “viviendo”, “están”, “son”, por lo tanto no podemos calificar de agresión y menos de ilegítima su mera existencia. Pues bien, parecería entonces que la madre o el “entubado” debieran asumir su muerte, ya que moralmente no tienen otra posibilidad. Esto no es así. Entendemos que la solución, obviamente desde una óptica objetivista de los valores en la que nos enrolamos, pasa aquí como en las circunstancias analizadas en los apartados anteriores, por el deber exigido desde el valor justicia. Visto desde este enfoque, no cabe duda que tanto en el caso del “entubado” como de la madre, ambos deben respetar la vida del inocente, por lo tanto no deben atacar su vida. Esto importa concluir en que aun cuando esté en peligro su vida, el “entubado” no puede matar al violinista, p. ej.: apuñalándolo. Y tampoco la madre puede

autorizar un aborto directo, esto es, matar directamente al feto para salvarse. Debe recordarse que aquí no hay legítima defensa porque no hay agresión ilegítima. Poniendo otro ejemplo para que se comprenda el razonamiento: si en un naufragio queda solo un salvavidas y lo toma otra persona, moralmente yo no puedo asesinarla para asirme del salvavidas y así salvarme. Y ello es así, porque el valor de justicia me impone respetar la vida ajena, es decir no atacarla, a menos que sea para repeler una agresión ilegítima. Sin embargo ni el “entubado” tal el náufrago tienen el deber moral -desde el valor justicia- de “conservar” o de “mantener” la vida del músico y del otro náufrago. Por lo tanto no sería inmoral si el primero se “desconectara” o si el segundo le quitara el salvavidas al compañero en desgracia, para salvarse. ¿Ocurre lo mismo con la madre en el aborto terapéutico?

Hemos dicto que en el caso de las relaciones familiares el valor justicia exigía no sólo respetar la vida ajena sino también conservarla, pero también expresamos que existan situaciones excepcionales en las cuales, estando en juego valores de similar jerarquía, los parientes son relevados de esta exigencia. Pues bien, en el caso del aborto terapéutico, donde está en juego la vida o en grave peligro la salud de la madre, consideramos que no es “moralmente” justo obligarla a morir a fin de conservar la vida a su hijo. Lo que nos conduce a aceptar éticamente el aborto indirecto, es decir el producido como consecuencia de una intervención para salvar la vida a la madre, pero nunca causado matando directamente al hijo (47). Un caso idéntico sería el del padre que no salva a su hijo que se está ahogando en un naufragio y que en caso de salvarlo moriría él mismo. Es lógico que dicho progenitor no podría ser acusado por el delito de abandono de persona. Pero repetimos, y volviendo al ejemplo anterior, si hay un solo salvavidas, no puede matar a su hijo para quedarse con él. El aborto indirecto, en consecuencia, es el único moralmente justo, es decir que desde el valor justicia puede ser aceptado como lícito, obviamente tratándose de aborto terapéutico. Por supuesto que si analizamos la conducta desde el valor caridad, se nos aparecerá como disvaliosa por cuanto no se da en ella la entrega

con olvido de uno mismo que dicho valor implica, como ya aludíáramos.

Se ha criticado esta validez moral del aborto terapéutico indirecto argumentándose que radica en la distinción que se efectúa desde la doctrina del doble efecto, consistente en señalar dos efectos de una misma acción, recibiendo ésta su especie de lo que está en la intención y no de lo que es ajeno a ella, ya que esto le es accidental (48). La crítica que se hace consiste fundamentalmente en que se basa en una distinción ética entre el “omitir” y el “actuar”, cuando en verdad no existe relevancia moral al respecto (49). De esa manera no habría diferencia desde el punto de vista ético entre quien asesina o quien deja morir a otra persona. Yendo al ejemplo de Farrell, sería moralmente igual la conducta del que se “desentuba” del violinista a la del que lo mata, si es que en ambos casos se trata de salvar la propia vida. Coincidimos en afirmar que en sí no existe una distinción moral entre actuar y omitir, ya que la omisión no es “más moral” por el mero hecho de ser omisión, es decir por su esencia. En el caso del abandono de persona es tan éticamente reprochable quien deja a su suerte a una persona a la que previamente hirió sin razón como aquél que directamente la mata. Pero esto es así porque aquí la justicia impone el deber de “conservar” la vida de la persona herida. En síntesis, la distinción ética no consiste en considerar si se trata de una acción o de una omisión, sino que la ilicitud de la acción o de la omisión se dará cuando ellas consistan en alguna infracción al deber de respetar o conservar los valores y por ende los derechos de otra persona, lo cual es exigido por el valor justicia. Ocurre que como quedara expuesto, en el caso del respeto a la vida ajena, la justicia impone el deber de no atacarla respecto de todos los hombres, a menos que se trate de legítima defensa, pero sólo con referencia a algunos ej.: familiares-, exige el deber de conservarla. Es esa la razón por la cual, tratándose del respeto a la vida, las omisiones son ilícitas en, menor porcentaje -cuantitativamente que las acciones.

De cuanto hemos dicho, entendemos que en el caso del aborto, la crítica antedicha se desvanece. El aborto indirecto no es

moral porque consiste en una omisión y el aborto directo es inmoral por importar una acción, sino que “en justicia”, no es dable exigir a la madre “mantener” la vida de su hijo a costa de la suya, pero sí lo es exigirle que no la ataque aun estando en peligro su vida. Y repetimos que esto no se da sólo con el aborto, recordemos el caso del padre y el hijo náufragos y otros tantos en los cuales el deber de conservar la vida del hijo no puede ser moralmente impuesta al padre. Y también debe recordarse que esta valoración ética se efectúa desde el valor justicia, ya que las exigencias desde otros valores, como p. ej.: la caridad, son mayores.

Resta por último examinar si el aborto terapéutico debe ser considerado delito penal. Obviamente el aborto indirecto, al ser moralmente lícito, queda excluido de toda tipificación penal. Y lo mismo debe ocurrir con el aborto terapéutico directo, porque lo contrario seda exigir una conducta heroica. Al respecto debe recordarse que el derecho penal no castiga toda conducta moralmente injusta, sino aquellas que infringen los valores más importantes: Por cierto que la vida del feto es un valor importante, pero también lo es la vida de la madre, por ello y más allá de lo “injusto” del aborto terapéutico directo, al estar en juego dos valores vitales iguales en dignidad, la injusticia de esa conducta carece de entidad suficiente como para ser calificada de delito penal. De allí que, reiteramos, es adecuada la solución legislativa vigente de no sancionar criminalmente el aborto terapéutico, aun cuando consista en la muerte directa del feto.

Nota de redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El abono y el derecho a la vida, por German J. Bidart Campos, ED, 113-479; Otra vez sobre la autorización judicial solicitada para abortar, por Nemesio González, ED. 114-959; Autorización judicial solicitada para abortar, por German J. Bidart Campos, El, 114-184.

Bibliografía

- (1) Ver en nuestros anteriores artículos: Derechos humanos y bien común: un tema de filosofía política en el fondo de un fallo judicial, ED, 144-974 y La pena de muerte y el bien común, ED, 146-613.
- (2) Remitimos sobre la objetividad de los valores, como lo hicieramos en otros trabajos a Quintas, Avelino Manuel, Analisis del bene comune, 2a. ed., Roma, Bulzoni, 1988, I, caps. 1, 2, ps. 18/33 y Massini Correas, Carlos I., Derechos humanos y consenso, ED, 122-975.
- (3) Quintas, .A. M., ob. cit., ídem, ps. 27/29.
- (4) Ver esta clasificación de las funciones del hombre en Quintas, A. M., ob. cit., parte I, caps. 4, 3, ps. 76/90 y en Millán. Puelles, Antonio, Fundamentos de filosofía, 11a. ed., Madrid, Rialp; parte III, caps. XII, XIII y XIV, ps. 299/387.
- (5) Quintas, A. M., ob. cit., II, cap. 2, ps. 116/129.
- (6) Este tema ha sido tratado específicamente en el trabajo de Massini Correas, ob. cit., ED, 122-975/980.
- (7) Idem, p. 976,
- (8) Idem, p. 977.
- (9) Idem, p. 977.
- (10) Idem, p. 977..
- (11) Nino, Carlos Santiago, Ética y derechos humanos, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 109.
- (12) Idem, p. 109.
- (13) Idem. ps. 110/115,
- (14) Ver la crítica que de las doctrinas censensualistas se hace desde el objetivismo en Massini Correas, ob. cit., cap. III, ps. 978/979.
- (15) Millán Puelles, A., ob. cit., parte III, cap. XV, pto 4, ps. 414/418.
- (16) Bidart Campos, Germán J., Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 193.
- (17) Ver al respecto lo ya expuesto en nuestro trabajo: La pena de muerte y el bien común, apart. III, ya citado en referencia 1.
- (18) Definición de Carl Wellman citada por Fardell, Martín D., en La ética del abono y la eutanasia, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985,

p. 13.

- (19) Martínez, Jorge César, El increíble universo del recién nacido, Buenos Aires, Lidiara, 1989, cap. III, ps. 31/39. Farrell, M. D., ob. cit., ps. 35/37.
- (21) Idem, ps. 39/44.
- (22) Idem, ps. 48/54.
- (23) Idem, ps. 54/60.
- (24) Idem, ps. 60/64.
- (25) Idem.
- (26) Quintas, A. M., ob. cit., parte I, cap. 4,3, ps. 76/79 y Millán Puelles, A, ob cit parte III, cap. XIV, ps. 357/386.
- (27) Farrell, M. D., ob. cit., ps. 64/68 y Basso, Domingo M., Nacer y morir con dignidad, Buenos Aires, Consorcio de Médicos Católicos, 1989, cap. II, art. III, pto. B, ps. 93/101
- (28) Basso, D., ob. cit., ídem, art. II, B 2, ps. 88/89; Merchante, Fermín Rahl, La adopción, Depalma, 1987, p. 179.
- (29) Basso, D., ob. cit., ídem, y Merchante, F., ob. cit., ídem.
- (30) Ver la opinión del doctor Roberto F. Nicholson en el diario "La Nación" del 14 de junio de 1990 y las primeras etapas del desarrollo interno del cigoto en Hamilton, Boyd, Mossman, Embriología humana, Buenos Aires, Intermédica, 1973, ps. 58/60.
- (31) Nicholson, R., ver opinión ya citada.
- (32) Ver en Basso, D., ob. cit., ídem, art. III, C, p. 108.
- (33) Ver lo argumentado en contrario en Farrell, M. D., ob. cit., p. 35.
- (34) Farrell, M. D., ob. cit., ps. 55/57.
- (35) Farrell., M. D., ob. cit., ps. 18/19 y 24/25.
- (36) Ver este análisis de los valores morales en Quintas, A. M., ob. cit., parte II, cap. 2,3, ps. 123/129.
- (37) Ver Iglesias, Juan, Derecho Romano, Barcelona, Ariel, 1972, p. 93, y Quintas, A. M., ob. cit., parte II cap. 6,1, p. 213.
- (38) Ver Pierper; Josef, Las virtudes fundamentales, Madrid, Rialp, 1980, ps. 85/96.
- (39) Idem, p. 435.
- (40) Ver en Quintas, A. M., ob. cit., parte II, cap. 6,3, p. 225.
- (41) Nuñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1964, t. 1, p. 11.

- (42) Agradezco al doctor Julio María Ojea Quintana, con quien he intercambiado puntos de vista respecto de este tema, aclarando mis ideas.
- (43) Ver Farrell, Martín D., ob. cit., ps. 25/32.
- (44) Farrell, Martín D., ob. cit., p. 28.
- (45) Nuñez, Ricardo C., ob. cit., p. 345.
- (46) Ver lo analizado por Nuñez en ob. cit., ps. 346/350.
- (47) Ver lo argumentado al respecto desde la doctrina del doble efecto por Basso, D., ob. cit., ps. 380/390.
- (48) Cita de la Suma Teológica de Sto. Tomas de Aquino en Basso, D., ob. cit., p. 381 y Farrell, M. D., ob. cit., ps. 68/69.
- (49) Ver lo expuesto por Farrell, M. D., ob. cit., ps 64/80.

Bien común, familia y derechos del menor

por Aldo L. De Cunto

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Revista de Derecho de Familia 10. Buenos Aires:

Abeledo-Perrot, 1996. p. 19-45.

Cita Online: 0029/000458

[Consultado el: 05/04/2021]

Sumario:

I Introducción: los derechos del menor y la filosofía política.- II Bien común y derechos humanos.- III Familia y bien común.- IV Los derechos humanos del menor.- Los derechos del menor y el divorcio de los padres.- VI Tenencia, visitas y derechos del menor.- VII Consideraciones finales

I. Introducción: los derechos del menor y la filosofía política

Nos proponemos encarar en este trabajo, el examen de la relación existente entre los derechos del menor de edad en el ámbito familiar y el bien común como fin del Estado, lo cual nos remite a la relación más genérica que existe entre dicho bien común y los derechos humanos, dentro de los cuales encontramos los derechos del menor. Es hoy indiscutible que el interés del menor debe prevalecer en la solución de los conflictos familiares, con lo cual no nos referimos sólo a aquellas familias que experimentan una separación física de sus miembros -como un divorcio de los padres o una separación entre hermanos menores- sino que con la denominación "conflictos familiares" queremos hacer referencia a toda disputa que pueda surgir entre padres e hijos aun en casos de familias "unidas físicamente". Sin embargo el término "interés del

menor" es lo suficientemente ambiguo como para dejar librada a merced de la voluntad de los padres la decisión sobre qué es lo mejor para los hijos. Con esto no queremos significar que los padres deban ser desplazados o limitados en la autoridad que tienen en virtud de la patria potestad. Por el contrario, es bueno y recomendable desde el punto de vista legislativo que el Estado no se atribuya funciones que competen a los "jefes" de la familia -hoy debe hablarse de una jefatura compartida por padre y madre, si bien con roles y competencias diferentes-, ya que la familia como grupo intermedio que es, no puede ser anulada por el grupo político mayor. Pero sí puede y debe el Estado dirimir y dar el marco de solución a los conflictos que surgen en el seno familiar cuando los mismos asumen una gravedad relevante o cuando la autoridad familiar no es capaz de resolverlos. Para ello se vale de sus órganos específicos, como pueden ser: la Justicia de Menores, de Familia, Centros de Asistencia Familiar, de ayuda a la mujer golpeada, etcétera. Como consecuencia de ello es que, en materia de menores, se habla del Patronato de Menores que detenta el Estado a través de los distintos órganos correspondientes.

Resulta aconsejable reflexionar sobre estos temas que giran alrededor de los derechos del menor, la autoridad paterna y la intervención del Estado en la familia, desde el punto de vista de la filosofía política, ya que nos permitirá analizar hasta dónde puede el Estado inmiscuirse en la familia, para qué y por qué puede hacerlo. Y esa intervención estatal estará plenamente correlacionada con su finalidad -el bien común-, lo cual nos llevará a indagar por el fin de la familia y de las personas que la forman. Es así que la óptica de la filosofía política nos conduce necesariamente a una visión antropológica del tema que nos ocupa, ya que podemos adherir a la definición que de la misma da Quintas: "Es una filosofía normativa como reflexión crítica sobre los comportamientos humanos respecto del bien común como meta del desarrollo global de una sociedad y de sus miembros" (1). Este concepto nos remarca que desde la filosofía política nos es dado considerar las acciones humanas teniendo como horizonte el desarrollo global de la sociedad y de las

personas que la integran y por ende también de los grupos intermedios que se ubican entre la sociedad política y las personas, dentro de los cuales encontramos a la familia. El carácter eminentemente antropológico y humanista de la filosofía política radica en que -como toda filosofía- intenta dar una justificación última de la vida política y para ello se ocupa de la politicidad del hombre y además, como conocimiento práctico se orienta a dirigir acciones humanas; sus reflexiones nos sirven para analizar, juzgar, corregir o prescribir comportamientos de las personas (2). En definitiva, desde esta óptica trataremos de enfocar la triple relación que menciona el título de este trabajo: bien común, familia y derechos del menor.

II. Bien común y derechos humanos

La relación del bien común y los derechos humanos suele ser presentada en términos de antagonismo o al menos de limitación. Esto hace que, por lo general, estemos acostumbrados a pensar en el bien común como en el "orden dinámico" en el que los derechos deben desenvolverse y ejercitarse y por ende los entendemos como un límite a los mismos. En una posición opuesta se alzan voces que invocan a los derechos humanos como una valla frente al Estado, el cual "en nombre" o "en cumplimiento" de su bien común los avasalla y los desconoce. Lo curioso es que ni una ni otra postura se expedirán -en principio- de manera abierta en contra de los derechos humanos o del bien común, por lo que ambas realidades merecen una consideración positiva si se las toma por separado y aparentemente el conflicto entre ambas sobreviene cuando se las piensa en conjunto. Allí es cuando se reflexiona en los términos de antagonismo y limitación de los cuales hablábamos más arriba. Y para mostrar un caso del tema que nos ocupa, podría decirse que en el caso de separación de los padres, el bien común familiar exige que todos los hijos vivan juntos con alguno de ellos -por lo común con la madre-, ya que de esa manera se refuerza en todos los hermanos el vínculo de unión y de pertenencia a la familia. En cambio desde otra posición, se puede hacer la siguiente "lectura": si hay un hijo que

necesita de manera especial un contacto fluido con el padre, es aconsejable atender a su derecho y éste debe prevalecer sobre el "bien familiar" que indica que todos los hermanos deben convivir juntos. Entendemos que no hay oposición entre bien común y derechos humanos y eso es lo que nos proponemos explicar en este punto.

Sabemos que el bien común es un bien y como tal es el fin de un grupo social, siendo el bien común político, al cual comúnmente se denomina bien común, el fin de la comunidad política que llamamos Estado. Es así que los miembros que forman un determinado grupo -v. gr.: la familia, un Estado- encuentran su bien en el bien común que los aglutina, ya que el bien personal se alcanza en el bien común. Si bien esto es correcto, de aquí a la errónea interpretación por la cual se considera que la persona debe ceder su bien personal en pos del bien común y que en nombre de éste se puede desconocer aquél, hay un paso muy corto si no se completa lo dicho con la siguiente aclaración. Lo que no debemos olvidar es que la comunidad -cualquiera que ella sea- no es un ente abstracto, separado de las personas que la componen, sino que está formada por seres humanos. Es cierto que la comunidad no es la mera reunión o suma de personas, como entiende el individualismo, y que además el hecho de vivir en comunidad hace a la esencia de la persona, por lo que no se le es permitido automarginarse sino bajo el riesgo de la autodelegación que conlleva la experiencia de una vida carente de todo lazo con los demás (3). Vale decir que la persona encuentra su bien en el bien común, en este sentido el bien común es superior a los bienes individuales porque justamente los "promueve", es "personalizante", la calidad del bien común es superior a la suma de los bienes individuales ya que el mismo consiste en una intensificación cualitativa del bien de la persona (4).

Ahora bien, lo que nos interesa destacar y que nos llevó a indicar como error el esgrimir el desconocimiento del bien personal en nombre del bien de la comunidad, es que el bien común tiene un contenido que está dado por los valores o bienes que perfeccionan a

la persona (5). Y esto es así porque carece de sentido hablar de sociedad, comunidad y bien común, si estos conceptos no se referencian al de persona, ya que la persona es una realidad "sustancial", mientras que la sociedad política es una realidad "accidental relacional" que se apoya en aquélla. Y su bien, el bien común y el bien de la persona, también son realidades "accidentales" porque necesariamente deben referirse a esa realidad sustancial (6). Es por eso que no se avanza ni se esclarece nada al expresar que el bien de la persona consiste en su conformidad con el bien común, si antes no definimos el contenido de éste, que como bien de la sociedad política, debe hallarse a su vez en la persona que es la realidad sustancial en la cual se apoya dicha sociedad. Sin esta explicación se corre el riesgo de concluir en la claudicación de la persona y en la suspensión de su valor en beneficio de un bien común vaciado de su verdadero contenido.

Es así que estamos de acuerdo en que el bien común es un fin, el fin de la comunidad y también el de la persona en la medida en que ésta encuentra en él su bien individual, pero justamente por eso el bien común no puede anular o limitar a la persona y a su bien personal, al contrario, los debe plenificar. Entendida esta primera idea, nos parece ilustrativa la primera definición que da Quintas del bien común político en la que se explicita la necesaria referencia a la persona para conocer el contenido de aquél: "Es el recto ordenamiento de los bienes de una sociedad política, ya sea en cuanto comunicable a sus miembros para su desarrollo integral, ya sea en cuanto alcanzable mediante la colaboración de los mismos" (7). Advertimos en esta definición un elemento teleológico fundamental al hacerse referencia a su comunicabilidad para el desarrollo integral de los miembros de la sociedad política, que son obviamente las personas. Es así que la condición de "fin" del bien común no impide que en su definición se haga referencia a que el mismo deba favorecer el desarrollo integral de la persona, lo cual no lo convierte en un "medio", porque su esencia es la de "fin". Este elemento teleológico que referencia al bien común con el desarrollo integral de la persona, es en definitiva lo que otorga sustancial

contenido al bien común, porque si bien como fin no está al servicio de la persona, no es menos cierto que sólo conociendo las exigencias estructurales de ésta para lograr su desarrollo integral, se puede conocer el contenido del bien común. Concluyendo el razonamiento, podemos decir que para indicar que la persona debe orientarse hacia un determinado fin -bien común-, debemos previamente saber que este fin es beneficioso para el logro de las funciones específicas de la persona, para su desarrollo integral.

Sentado lo hasta aquí expuesto, podemos hablar de un contenido antropológico-estructural del bien común, ya que éste no puede tener cualquier contenido sino sólo aquel que desarrolle integralmente a la persona. Esto nos conduce al tema de la naturaleza del hombre, la que reputamos una y objetiva, por cuanto también son objetivos los valores que la desarrollan. Esta objetividad de los valores (8) se comprende cuando razonamos que el fundamento de los mismos descansa en las propias necesidades de la persona, las que son verificables en la experiencia concreta. Y estas necesidades nos manifiestan a su vez cuál y cómo es la estructura del hombre, la que es captada por nuestra inteligencia y que responde a un contenido objetivo, ya que es "inducida" en base a las necesidades que son objeto de verificación experiencial. Consecuentemente, lo que satisface una necesidad de la persona será un valor y lo que se opone a ello no lo será. Así podemos decir que la enunciación valorativa: "promover la nutrición de las personas es un bien" es verdadera por cuanto se funda en el juicio descriptivo verificable en la experiencia concreta: "la nutrición desarrolla al hombre" (9). Este apoyo de los valores en las necesidades del hombre, de donde proviene su objetividad, no significa que del "ser" de las necesidades se deduzca el "deber ser" de los valores, ya que el valor no es un simple hecho ni una relación de hecho. Pero así es una relación de mérito respecto de la estructura del ser. Esa relación de mérito es obra de la razón práctica que hace la comparación entre el "ser" de las necesidades y el "deber ser" que las satisface (10).

En cuanto a las necesidades del hombre, observamos que la experiencia concreta nos muestra que el ser humano posee una vida vegetativa -nace, crece, se alimenta, se reproduce-, una vida animal o sensitiva, por la cual conoce el mundo exterior a través de los sentidos, y una vida intelectual o espiritual, que se traduce en la capacidad de la persona de conocer realidades inmateriales, que superan las circunstancias témporo-espaciales. Para el cumplimiento de esta última actividad específica del ser humano, éste cuenta con la inteligencia que le permite "conocer" tales realidades y la voluntad que le permite "querer" aquello que la inteligencia percibe como un "bien". Es condición inherente para llevar a cabo estas operaciones intelectuales, que el hombre goce de libertad psicológica, que no sea presionado ni obstaculizado en su capacidad de autodeterminación. No hay razonamiento intelectual si éste no se efectiviza de manera libre, ya que de lo contrario no crea convicción en el sujeto cognoscente (11).

Desde estas funciones y necesidades estructurales que hacen a la naturaleza humana se infieren los valores que desarrollan a la persona, en la medida en que las satisfacen. Sintéticamente, la escala jerárquica de estos valores que enuncia Quintas (12), se compone de aquellos que desarrollan al hombre "específicamente": de la religiosidad, culturales y de la prudencia moral; los que lo hacen "dispositivamente": morales sociales, morales individuales y vitales, y finalmente los valores que contribuyen a ese desarrollo "instrumentalmente": económicos. La referencia a la necesidad "específica" de los tres primeros tipos y que están al tope de la escala, se debe a que son los que satisfacen las funciones específicas del hombre, esto es, la vida intelectual. Respecto de los valores que se requieren dispositivamente, se trata de aquellos que "disponen", es decir, favorecen mediante la conformación de un estado óptimo el desarrollo de la persona. Así la nutrición es un valor vital, el equilibrio psicofísico es un valor moral individual, la justicia, la solidaridad, el amor, son valores morales sociales; y finalmente los valores económicos son los bienes que sirven como "instrumentos",

como medios para lograr los otros valores y así satisfacer nuestras necesidades.

En muy apretada síntesis han quedado bosquejadas las necesidades humanas implicadas en los tres tipos de vida de persona y los tres grandes grupos en que se pueden clasificar los valores que dan satisfacción a las mismas. Ahora bien, así como las necesidades pueden ser conocidas a través de la experiencia verificable y a partir de ellas "inducir" los valores, también es un dato de la experiencia que para el logro del desenvolvimiento de su naturaleza, la persona necesita de las demás. Para alimentarse, para enriquecerse culturalmente, para amar, el hombre está abierto al prójimo. Esta apertura es estructural, está ínsita en la naturaleza humana. Como prueba basta constatar el dato concreto del lenguaje, la posibilidad de hablar, la que no tendría sentido si la persona no estuviera "dirigida" a la comunicación con los otros. Esto nos revela a su vez la sociabilidad natural del hombre, éste necesita de los demás para obtener su desarrollo integral. Y no sólo es social, también es político por naturaleza, ya que el cumplimiento de sus funciones estructurales requiere que los distintos grupos sociales que conforma -familia, asociaciones culturales, laborales, etc.-, encuentren un marco en un grupo mayor, que es la sociedad política, la cual, teniendo en cuenta los fines sectoriales, marca el rumbo hacia un fin más global. Este fin global es el bien común (13) y así cerramos el círculo, el bien común es el fin de la comunidad política porque en él la persona logra el desarrollo integral de su naturaleza, de allí que el bien común político no puede tener otro contenido que los valores que satisfacen las necesidades de la persona conforme a la estructura antropológica reseñada precedentemente. En este sentido consideramos correcto decir que el bien común, sin olvidar su naturaleza de fin, es para el hombre, y también en este sentido se puede agregar que el Estado es para el hombre y no viceversa (14).

Aclarado que el bien común no puede tener cualquier contenido, sino solamente aquellos valores que planifican la naturaleza humana objetiva, favoreciendo su desarrollo integral, se

colige de ello que por naturaleza, por requerirlo su estructura antropológica, el hombre es acreedor a tales valores. Esos créditos son los derechos del hombre, derechos que encuentran su fundamento en la naturaleza objetiva de la persona y no en el ordenamiento jurídico-político de los Estados, ni en la decisión popular de las mayorías. Los derechos de la persona son "acreencias" de las que es titular, son exigencias de su naturaleza (15), y mediante cuyo reconocimiento y satisfacción le es permitido al hombre lograr su desarrollo integral. Consecuentemente el Estado no "declara" los derechos de la persona, sino que los "reconoce", porque los mismos tienen un fundamento preexistente que es la propia estructura antropológica, en razón de la cual existe la sociedad política que reconoce en aquélla su causa eficiente (16).

Así, ensamblando lo analizado hasta aquí, podemos decir que el hombre necesita de "valores" para el desarrollo integral de su naturaleza, por ello tiene "derechos" para alcanzar tales valores, "derechos" que necesariamente deben ser reconocidos por la sociedad política, ya que la misma encuentra su fundamento en la sociabilidad y politicidad estructurales de la persona para la planificación de su ser. Y el bien común, como fin de la sociedad política tiene un contenido específico suministrado por los valores humanos, por lo tanto lejos de limitar y anular los derechos humanos, el mismo consiste justamente en el "reconocimiento" de ellos. Es así que no hay relación de antagonismo, de limitación entre bien común y derechos humanos, sino que se trata de un vínculo de esenciabilidad, por cuanto la esencia del bien común radica en el reconocimiento objetivo de los derechos de la persona.

No obstante lo hasta aquí expuesto, nos queda una duda ante las múltiples situaciones en las que el Estado nos pide sacrificar, o bien, nosotros mismos posponemos nuestros derechos o nuestro "bien" en pos de algo que reconocemos superior y que identificamos como el bien común. Pues bien, es cierto que muchas veces la comunidad puede con justicia "limitar" algún derecho en pos del bien común, pero lo que no puede hacer es atentar contra nuestro

propio bien personal, contra nuestro desarrollo integral. De allí que la pauta para saber hasta dónde llegan nuestros derechos es nuestro propio bien, que no es el bien de un ser egoísta y antisocial, sino de un ser abierto al respeto y a la solidaridad hacia los demás, ya que así nos lo muestra nuestra naturaleza objetiva. De allí que en realidad no es que nuestros derechos se limiten, sino que los mismos como "acreencias" a los valores, existen en la medida en que se "homenajea" o se "realiza" un determinado valor y tampoco posponemos nuestro bien por el de los demás o el de la comunidad, sino que justamente lo privilegiamos, quizás renunciando a "un bien personal", para lograr "el" bien personal.

III. Familia y bien común

Habiendo razonado que el bien común de la sociedad política debe tener por contenido aquellos valores que satisfacen las necesidades estructurales de la persona y que no obstante ser superior al bien personal por intensificar las cualidades de éste, no puede suprimirlo ni desconocerlo, cabe que nos refiramos a la familia -ámbito donde se desenvuelven fundamentalmente los derechos del menor- y a su finalidad, que podemos denominar: bien común familiar. Ante todo cabe aclarar que la familia es el primer grupo social intermedio que forma la persona, vale decir que la sociabilidad del hombre se manifiesta en la familia antes que en otros grupos. Esto es fácilmente comprensible si entendemos que toda persona se concibe por la unión de otras dos -varón y mujer-, por lo cual ya con la concepción tenemos un grupo de tres personas que se relacionan. Esto quiere decir que el primer acto de la vida vegetativa que es soporte de los otros dos tipos de vida, esto es la concepción del nuevo ser, ya se da en un grupo familiar. Puede darse que se trate de una madre sola, sin relación estable con el padre de la criatura; pues bien, esa mujer con su hijo en gestación son el grupo familiar. Lo que deseamos remarcar es que el ser humano se origina, se "concibe" en familia, por lo tanto ya forma parte de este grupo antes del nacimiento. Es interesante destacar la importancia de la relación de los padres y fundamentalmente de la madre con el ser por nacer,

para comprender que antes del nacimiento "en la familia" se satisfacen necesidades de la persona. De más está decir que los valores vitales ya se hallan presentes en esta etapa a través de la alimentación, nutrición y desarrollo orgánico del feto, pero debe tenerse en cuenta que también los valores morales individuales son susceptibles de transmisión en esta etapa prenatal. Se trata de los valores que hacen al equilibrio, a la salud psicofisiológica y que por la estructura psicosomática del ser humano tiene gran repercusión para el cumplimiento de otro tipo de valores como los culturales. Así, es obvio que una persona sana física y mentalmente, se halla "dispuesta" de manera más favorable para estudiar o realizar una tarea intelectual. De allí que se trate de valores "dispositivos" (17). Y tales valores pueden ser transmitidos, como decíamos, a través de los cuidados, de la preparación de la madre durante el embarazo, del afecto y ternura que pueden brindarse, lo cual es percibido esencialmente en los últimos meses de gestación por el hijo, como enseña la ciencia de la embriología (18).

Una vez producido el nacimiento, sigue siendo la familia el grupo en el cual se continúan satisfaciendo las necesidades físicas y psicofisiológicas -mediante valores vitales y morales individuales-. Puede ocurrir que nacido el bebé, el mismo sea abandonado, hecho de por sí traumático. Esa carencia de la familia de origen puede ser suplida mediante la adopción, en ese caso se incorpora a una nueva familia. Pero puede darse que no sea adoptado, en ese caso si ninguna sociedad intermedia -por lo general asociaciones de caridad constituidas con tales fines específicos- se hace del cargo del mismo, será el Estado a través de sus reparticiones pertinentes quien lo debe hacer. Es así que la sociedad política, en cumplimiento de su bien común global, viene de manera subsidiaria a llenar el vacío dejado por la ausencia del grupo familiar. Lamentablemente, y esto lo comprobamos cotidianamente, los menores sin familia, "criados" en organismos estatales especializados, crecen con muchas carencias, fundamentalmente de amor y afecto personalizados. Y es lógico que así ocurra, porque el Estado jamás va a reemplazar a la familia en su función específica, de allí que el bien común, lejos de desconocer el

bien común familiar, debe promoverlo, debe favorecerlo mediante la protección jurídica, socio-económica y cultural de la familia, respetando su ámbito interno, ya que de esa manera estará beneficiando el desarrollo integral de las personas, lo cual hace a la esencia del bien común político (19).

Con el crecimiento de la persona, la misma extiende sus vínculos sociales fuera de los límites familiares, comenzando por amistades que pueden hacerse en el ámbito vecinal, educativo, lúdico o de recreación. La familia es así el grupo que prepara al ser humano para su "mejor" desenvolvimiento fuera de ella, ya que las relaciones intrafamiliares servirán de paradigma para las extrafamiliares. Una relación fluida mas no absorbente entre los distintos miembros de la familia, mediante una adecuada transmisión de valores morales individuales, como la crianza en un ámbito de libertad responsable -y de valores morales sociales- respeto por lo demás, amor al prójimo, amistad, solidaridad, incipiente sentido de justicia-, sin duda habilitará de mejor manera al futuro adulto para su inserción en la sociedad, lo cual involucra su proyecto personal y familiar cuando decida formar su propia comunidad familiar. Es obvio que la familia es también transmisora de valores culturales y por esto no debe desentenderse de la "instrucción" o para expresarlo con un término más amplio, del "enriquecimiento cultural" de sus miembros, confiando exclusivamente a los establecimientos educacionales esta función. Otro tanto acontece con la transmisión de los valores de la religiosidad, que no implican el conocimiento de un Ser superior, sino que son aquellos valores que conducen a la persona a indagar acerca de su existencia, sin perjuicio de que se arribe a ese conocimiento o a la negación del mismo (20). Es lógico y acertado que las familias creyentes envíen a sus miembros menores a comunidades religiosas para la transmisión específica de estos valores -p. ej.: Iglesia-. Sin embargo, así como la familia debe fomentar hábitos culturales en los niños para que no caiga en saco roto lo recibido en la escuela u otra institución de formación cultural, también en ella debe existir cierta coherencia en cuanto a los valores de la religiosidad, sino se produce el frecuente fenómeno de la fe "no

vivida". Este divorcio entre los valores que se adquieren en los grupos especializados y su falta de "concreción" en la vida cotidiana, suele darse fundamentalmente en las familias "creyentes", ya que en aquellas donde se "predica" el agnosticismo, por lo general hay una concordancia entre la vida y esa negación de la existencia de Dios. Es un fenómeno socialmente difundido que, aun tratándose de familias que envían a sus hijos, a sus miembros menores a colegios religiosos para que reciban una determinada instrucción en los valores de la fe y hasta para que los mismos reciban ciertos sacramentos de la religión que profesan, no exista vivencia cotidiana de tales valores, lo cual trae aparejada una confusión y una inmadurez religiosa en la persona criada en esa "incoherencia". Es claro que con esto no propugnamos que esas familias no deban optar por una educación religiosa de sus miembros, lo cual es un derecho que tienen; lo que queremos señalar es que para el "mejor desarrollo" de tales miembros, no deben incurrir en dichas incoherencias o hipocresías. Una mayor conciencia del rol familiar en la formación de la persona exige un mayor sinceramiento de conductas y actitudes respecto de estos valores.

De todo cuanto hemos reseñado, se comprende que la familia es el grupo intermedio más cercano a la persona, es aquel en el cual la misma "pasa" la mayor parte de su vida -al menos generalmente ocurre así-. En ella suelen darse los vínculos y afectos más íntimos de la persona y también de modo más o menos general es el medio en el cual el ser humano se desenvuelve con mayor "naturalidad", donde le es muy difícil esconder sus estados de ánimo, sus sentimientos, en definitiva, donde se muestra tal cual es. En el ciclo de la persona, llega un determinado momento en el que la familia de origen deja de ser el marco referencial para ella, es cuando la persona comienza a sentir la necesidad de formar su propia familia. Se supone que la transmisión de valores de la familia de origen se ha cumplido en mayor o menor medida, si bien no por ello cesa, ya que los miembros de la misma -v. gr. los padres- no pierden su condición de referentes, aun cuando la persona se encuentra más o menos capacitada para formar otra familia. Para explicarlo en

términos de roles familiares, se siente la necesidad de "dejar de ser hijo" para "pasar a ser padre", lo cual es un signo de maduración y evolución psíquica. Se puede decir también, que el ser humano progresa desde una posición de "receptor" de valores a otra de "transmisor" de ellos. Reiteramos que uno jamás abandona su tarea de "recibir", de "aprender" de los demás, pero en definitiva el bagaje recibido de la familia de origen es en determinado momento "volcado" a la familia propia, y así ocurre de generación en generación. Esta evolución de la persona lleva a un ciclo evolutivo de la familia, ya que ésta se constituye por las exigencias estructurales de aquélla. Al respecto es evidente que la familia, como la persona, "nace", "se reproduce", "envejece" y "muere". Este léxico fisiológico nos revela las etapas de constitución, afirmación, nacimiento de los hijos, crecimiento y retiro de los mismos del hogar paterno, fallecimiento de los cónyuges, que se dan en toda familia (21). En todas estas etapas la familia cumple su función formativa del ser humano, pero para lograrlo sus miembros deben saber adaptarse a estos cambios evolutivos para que no se produzcan crisis que acorten el ciclo vital familiar. Lamentablemente el fenómeno tan difundido del divorcio es una de las causas más frecuentes de ruptura anticipada de la familia. Pero puede darse que en una familia "físicamente" unida, el ciclo vital se interrumpa, así acontece donde sus miembros son extraños para sí, y lejos de contribuir a su "desarrollo integral", la familia no es más que el ámbito elegido por ellos para "autodestruirse". Y por el contrario, nuestra experiencia como secretario judicial y magistrado nos enseña que hay padres que, sin desconocer la realidad traumática del divorcio, saben amoldarse a la nueva situación y seguir siendo transmisores de valores para la mayor "salud integral" de sus hijos. Cotidianamente vemos casos de quienes han comprendido que conyugalmente no "cuajan" y por fortuna comprenden que "deben cuajar" como padres, aunque vivan separados (22).

En definitiva, podemos decir de la familia, lo mismo que del Estado, en cuanto a que en la medida en que su fin -el bien común familiar- recibe su contenido de los valores que desarrollan al ser

humano, ella -la familia- es para la persona y no la persona para la familia. Y toda vez que los derechos humanos son las acreencias de la persona a tales valores, dichos derechos se ejercen en el ámbito familiar y deben ser objeto de protección cuando se violan en ese ámbito. A su vez, por su condición de medio inmediato, cercano, de transmisión de valores, la familia debe ser protegida por la comunidad política y en ese sentido también la familia tiene sus derechos, es decir sus "créditos", que le es dable exigir para satisfacer el desarrollo integral de la persona mediante el logro del bien común familiar. Con referencia a ello en nuestro derecho positivo, la Constitución Nacional en su art. 14 bis "in fine" menciona a la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia y la compensación económica familiar, a lo cual debe agregarse el reconocimiento que de ella se hace en los tratados hoy incorporados al texto constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), como ocurre en los arts. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23054), 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ambos ratificados por la ley 23313 -. Como contrapartida, el Estado, como gestor del bien común político, toma en cuenta los grupos intermedios porque se apoya en sus bienes comunes particulares o sectoriales, pero como comunidad suprema, puede y debe corregir las desviaciones de tales grupos cuando no responden a las exigencias naturales de las personas que los forman. Así, es dado al Estado legislar sobre la familia, debiendo prestar especial atención a los menores, ya que su condición de incapaces "de iure", los coloca en una situación de inferioridad cuando sus padres -o sus otros representantes legales a falta de éstos- en vez de defender sus derechos los conculcan. Insistimos en la importancia de la familia como vehículo de transmisión de los valores formadores del ser humano, lo que implica en el caso de los menores, el reconocimiento de sus derechos. De allí que el Estado puede y debe velar por éstos, a cuyo fin le es dado controlar el ejercicio de la patria potestad, esto es, de la autoridad ejercida en el medio familiar.

IV. Los derechos humanos del menor

Hemos visto que el Estado puede y debe controlar a la familia en el cumplimiento de su bien común familiar y de esa manera proveer a que los miembros de ésta vayan "desarrollándose integralmente" al satisfacer las exigencias de su naturaleza mediante los valores "aprehendidos" en el ámbito familiar. Dentro de los integrantes de la familia es lógico que los menores sean objeto de especial atención, debido a las razones de inferioridad en que se encuentran respecto de los demás para exigir esa "satisfacción" de sus necesidades, la "obtención" de los valores que les son debidos, el "respeto" por sus derechos humanos. De allí que los padres no sean los "dueños" de los hijos, como acontecía en la familia romana, donde el "paterfamilias" tenía poder de vida y muerte sobre ellos "ius vitae necisque" (23), y que la patria potestad no implique un poder omnímodo sobre ellos, sino un conjunto de derechos y obligaciones, ya que en la relación paterno-filial los padres tienen derechos que importan obligaciones para los hijos y éstos tienen derechos que se reciprocán con obligaciones de los padres. Así ha quedado reflejado en nuestro derecho positivo en el texto del art. 264 del Código Civil (conf. ley 23.264), que establece que "la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

Es interesante señalar tres elementos de este concepto de patria potestad. Uno ya lo expresamos, y es que implica derechos y deberes, facultades y obligaciones de los padres respecto de los hijos, lo que no se explica si no se reconoce a estos derechos y deberes respecto de los primeros. Pero los padres también pueden ejercer sus derechos frente a los terceros. Así, por ejemplo, los padres pueden oponerse justificadamente a que sus hijos entren en relación con determinadas personas, cuya influencia sobre ellos consideran pernicioso, como pueden ser amistades, familiares -abuelos, tíos, primos-. Y también tienen derechos en relación al Estado, como

ocurre cuando ejercen su derecho a elegir un determinado tipo de educación para los menores. Recíprocamente, los menores tienen derecho a exigir de sus padres alimentación, salud, afecto, educación, etcétera. El problema es que los representantes de los menores son los padres, por lo tanto, ellos son quienes pueden ejercer los derechos de aquéllos frente a sí mismos. De allí la inferioridad en que se encuentran los hijos. Por ello es que el Estado debe proveer los medios para superar esa "desventaja". Así acontece con organismos tales como los juzgados de menores, de familia, las asesorías de menores, en definitiva los representantes de la autoridad estatal a través de los cuales la comunidad política controla y vigila el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con su naturaleza, de acuerdo con la satisfacción de las exigencias de los miembros menores de la familia. Pero los niños también tienen derechos frente al Estado -derecho a la salud, a la educación, etc.- en la medida en que éste no provea los medios necesarios para que la familia acceda a la satisfacción antedicha.

El segundo elemento que nos parece relevante enfatizar en el concepto de patria potestad es que ese conjunto de derechos y deberes de los padres debe ser entendido para la protección y formación integral de los hijos. Es el elemento teleológico que sirve de pauta para apreciar el correcto ejercicio de tales derechos y obligaciones, lo cual se compadece con el contenido axiológico del bien común familiar, es decir, con los valores que hacen al desarrollo integral de la persona -en este caso del menor-. Así los padres no pueden oponerse porque sí a que el menor no vea a sus amigos, a sus abuelos u otros parientes, por poner el ejemplo citado anteriormente, y éstos podrían exigir la comunicación con el niño o adolescente, ante una arbitraria negativa que no favorece en nada a la socialización ni a la creación de afectos -valores morales, individuales y sociales- de los hijos. Este aspecto teleológico determina la facultad que tiene el Estado para privar a los padres de la patria potestad, cuando se dan situaciones que revelan una particular influencia negativa para el desarrollo integral de los hijos. Ello se interpreta de la letra del art. 307 del Código Civil (conf. ley 23.264) y también de la

del 308 del mismo texto legal, que pone un límite a la decisión judicial del Estado si los padres demuestran que están en condiciones para que se les restituya su autoridad en beneficio o interés de los hijos. Esto último no es más que una muestra de la provisoriedad de las soluciones en el Derecho de Familia, lo cual tiene su razón de ser en que la satisfacción de las exigencias de las necesidades antropológicas en el ámbito familiar se cumple de una manera sumamente dinámica, que obliga constantemente a repensar, modificar y reordenar las relaciones que se dan en su seno (24).

El último elemento de la patria potestad se refiere a la circunstancia de que nuestra legislación recepta la idea expuesta en el apartado tercero, por la cual entendemos que el ingreso de la persona en la familia se produce desde la concepción y a partir de la misma son exigibles sus derechos. Esto tiene particular trascendencia con relación al aborto, ya que el ser por nacer tiene así un derecho a la vida que impide la práctica del mismo. Pero también es necesario recordar que esta concepción obliga a los padres a brindar sustento moral y vital al ser gestado, lo cual tiene su relevancia en la práctica, cuando se trata de progenitores separados, en cuyo caso la madre podría exigir "alimentos" para su hijo antes del nacimiento - utilizamos el término alimentos en un sentido amplio como sinónimo de "valores económicos", en cuanto instrumentos para satisfacer las necesidades de salud, nutrición, vivienda, etcétera, del hijo por nacer-. Y también el padre puede exigir por sí y por el menor a que se lo haga participar de la marcha del embarazo, de tener comunicación con el obstetra y también con el bebé. Claro que esto último sólo se podrá dar en caso de que exista una relación fluida con la madre, de lo contrario sólo recrudecería el enfrentamiento entre ellos, lo que acarrearía consecuencias negativas para el embarazo.

Podemos referirnos a los derechos humanos del menor en el sentido explicado en el apartado II, como los "créditos" a los valores que hacen a su desarrollo integral, pero ese aspecto "exigencial", "esencial", de los derechos humanos no nos debe llevar a un

reduccionismo o parcialización, que nos haga olvidar que los derechos humanos interactúan, se concretizan en conductas, en el tiempo y en el espacio, aquí y ahora de modo tal, que satisfagan las exigencias naturales de la persona mediante el logro efectivo de los valores (25). Y tratándose de los derechos del menor en el ámbito familiar, debemos recordar el carácter cíclico de la evolución de la familia para comprender tales derechos en dicha dinámica cambiante, lo cual no debe implicar inseguridad jurídica para el ejercicio de los mismos, sino una adaptación de dicho ejercicio para una satisfacción "más justa" de ellos (26).

Comprendido este doble aspecto de los derechos humanos, podemos reseñar los diversos derechos, "créditos", que desde el punto de vista exigencial, el menor tiene para la satisfacción de su desarrollo integral y que poseen vigencia normológica en nuestro ordenamiento positivo. Comenzando por la Ley Suprema, la Constitución Nacional no contiene mención específica de los derechos del menor fuera de la incorporación de los tratados internacionales a su texto; claro que en la medida en que el art. 14 reconoce los derechos en él enumerados a todos los habitantes de la Nación, los menores quedan comprendidos entre los beneficiarios de los mismos, siendo especialmente atinente a ellos el de enseñar y aprender -valores culturales-. Es interesante también señalar el derecho a la igualdad -valor moral social- reconocido en el art. 16 que -al no admitir prerrogativas de sangre o de nacimiento- se vincula con la norma del art. 240 del Código Civil (conf. ley 23264) donde se establece la igualdad entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. En cuanto a los tratados incorporados a la Constitución en el art. 75, inc. 22, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene la norma del art. 12 que se refiere al derecho de los padres a la libre elección de la educación religiosa y moral de sus hijos -valores de la religiosidad, culturales y morales en general- y el art. 19 tiene una norma genérica que hace referencia a lo que comentábamos anteriormente, ya que expresa que el niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición requiere tanto frente a su familia, la sociedad -las demás

personas y grupos intermedios- y el Estado. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene normas análogas, aunque más amplias en los arts. 18 y 24 , mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace especial referencia a los derechos del menor en su art. 10 , inc. 3, respecto de su asistencia, protección de su salud moral y trabajo de los mismos -valores económicos, vitales, morales individuales-; en su art. 12 , donde se habla de la salud física y mental -valores vitales y morales individuales- y en el art. 13 contiene la norma ya citada la libre elección de educación religiosa y moral -valores de la religiosidad, culturales y morales en general-.

Especial atención merece la Convención sobre los Derechos del Niño -ratificada por ley 23.849 -, también con rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22 ya que la misma representa la norma internacional más completa en la que encuentran acogimiento específico los derechos de los menores, tomados en cuenta en las múltiples circunstancias de la vida. Ante todo se erige una norma contra toda discriminación derivada por motivos de raza, color, lengua, religión, situación económica, opinión política, origen étnico, etcétera, tanto de los niños como de sus padres (art. 2), lo cual enfatiza el valor moral social de la igualdad que deriva -claro está- del hecho de que existe una naturaleza humana esencial en todas las personas más allá de las diferencias indicadas de tipo accidental. Los arts. 3 , 4 , 5 y 20 fijan las pautas generales de la acción política estatal en materia de menores, siendo relevante que debe atenderse al interés del niño, y el respeto de la comunidad política a la comunidad familiar tiene su razón de ser, fundamentalmente, en el mejor desarrollo de las facultades y consideración de los derechos del menor, ya que en los casos en que el ámbito familiar no favorezca o sea directamente negativo a esta evolución, los Estados pueden determinar la separación del niño de sus padres (art. 9 , inc. 1). Los arts. 6, 7, 8 , 9 y 10 reconocen los derechos a la vida -valor vital-, a la identidad -valor moral individual-, a la unidad familiar -fuente de valores vitales y morales en general- y al contacto con los padres cuando residan en países diferentes. Se

hace hincapié en la función socializadora de la familia como auxiliadora de la afirmación de la personalidad del menor, con la garantía de derechos vinculados a valores como la libre opinión, libre expresión, acceso a la información, libertad de conciencia -culturales y de la religión- (arts. 12 , 13 y 14), y otros como la libre asociación, acceso a la comunicación, instrucción y a una educación "personalizante" -valores culturales, morales en general- (arts. 15 , 17 , 28 y 29). La adopción, institución fundamentalmente orientada a proporcionar al menor una familia en caso de ausencia de la de origen, se halla especialmente tratada en el art. 21 . Los derechos de los niños con disfuncionalidades de tipo mental o físico son objeto de protección en el art. 23. Los valores vitales en general -vida, salud, acceso a la misma, integridad psicofísica- y los valores económicos que sirven de medios para gozar de aquéllos, se ven reconocidos en los arts. 6, 24, 25, 26, 27, 32, 33, 34, 35 y 39. El art. 31 tutela el derecho al esparcimiento y al descanso -tan necesario en la vida de los niños- promoviendo así valores vitales y morales individuales que hacen al equilibrio psicossomático. Finalmente podemos mencionar valores morales sociales, como la libertad, la justicia y el acceso a la misma mediante la debida defensa en juicio, que se encuentran especialmente considerados en los arts. 37 y 40.

Conviene mencionar, asimismo, algunas normas del Código Civil relacionadas con los derechos del menor, como el derecho a la vida desde la concepción -valores vitales- (arts. 63 y 264); derecho a la identidad mediante las acciones de reconocimiento e impugnación de la paternidad que responde a valores morales individuales, sociales y culturales como la integridad psicofísica, la justicia, la búsqueda de la verdad, la honestidad, la sinceridad, la afirmación de la personalidad (arts. 254 , 258 y concs.). Otro tanto ocurre con los derechos a la alimentación, crianza, educación, salud (arts. 265, 267, 272, entre otros) -valores económicos, vitales, morales individuales, culturales-, derecho a la integridad física y psíquica frente al poder de corrección de los padres, acceso a la justicia (arts. 278 , 282 y 286) y también a la protección de su propiedad frente a la colisión de intereses con los progenitores administradores (arts. 287 , 293 , 297 ,

298 , entre otros). También los arts. 167 y 169 (ley 23515) reconocen el derecho de los menores de edad a contraer matrimonio libremente con la persona elegida, aun mediando oposición de los padres, si el juez no encuentra atendibles las razones esgrimidas por los mismos, que sólo pueden fundarse en causas específicas, y considera beneficioso el matrimonio para el interés del menor. Esta última norma -la del art. 169 - nos evidencia nuevamente que los padres no son los "dueños" de los hijos y que éstos tienen una herramienta judicial para ejercer su derecho a la libertad de formar su familia propia, derecho que se concreta con valores morales sociales como la libertad, la justicia, el amor, y morales individuales como la afirmación de la personalidad fundamentalmente.

Ahora bien, esta reseña, por cierto no exhaustiva de los derechos del menor, no sería comprendida cabalmente si los mismos quedaran "congelados" como meros "créditos" o "exigencias" de la estructura antropológica, como expusieramos más arriba. Como las necesidades son "vivas" en la familia, en el caso concreto habrá que atender a las circunstancias que cada familia vive para buscar la solución que mejor las satisfaga. Muchos de los derechos enumerados son satisfechos sin problemas, por la comprensión y el amor que existe entre los miembros de la familia, lo que no implica que no existan crisis en el seno del grupo. Pero como ya explicáramos, a veces las crisis, que son síntomas de cambio (27), no pueden resolverse dentro de la familia, lo que puede llevar a que muchas necesidades de sus miembros -entre ellos los menores- queden sin respuesta y sus derechos sin efectivo reconocimiento. Nuevamente debe ser el Estado, gestor del bien común, quien repare esas carencias con relación al cuadro deficitario de los derechos humanos en el marco familiar (28) y provea los medios suficientes para que la familia sirva a la persona orientándola en la consecución del bien común familiar. Y los derechos del menor hacen al contenido de éste de manera especialísima, lo cual se comprende a partir de la situación de inferioridad de los hijos y de la condición de los mismos como receptores de los valores que integran ese bien común sectorial. La vigencia de tales derechos frente a la situación

planteada por la separación de los padres es el tema respecto del cual intentamos aportar algunos elementos de comprensión en los siguientes párrafos.

V. Los derechos del menor y el divorcio de los padres

El divorcio o separación de los padres (29) importa una ruptura en el nivel conyugal, en el subsistema conyugal, para decirlo en términos estructuralistas (30). Pero los hijos, los menores, siguen estando ahí, siguen siendo hijos y los padres siguen siendo padres, por lo tanto la familia sigue existiendo, no como antes por supuesto, sino que ha experimentado un cambio lo suficientemente importante para conmover su organización, que se ha resquebrajado, pero no destruido. Debemos aclarar que estamos expresándonos en términos existenciales, es decir que, más allá de la valoración negativa que se pueda tener del divorcio con relación al cumplimiento de los fines de la familia, ésta, en cuanto a que sus miembros siguen existiendo y siguen siendo padres e hijos, también continúa existiendo. En definitiva, la familia existe, de otra manera, y en esta nueva situación tiene que seguir cumpliendo en la medida de sus posibilidades con su bien común familiar. Pero ocurre que el bien común familiar también se ha resquebrajado y no puede ser el mismo bien común familiar anterior, cuando la familia estaba unida al menos físicamente. El bien común familiar y la tarea de los miembros de la familia se centralizará ahora en mantener la transmisión de los valores para el desarrollo integral de los hijos, único elemento común, de unión de los padres, quienes no comparten más allá de ellos otros intereses -si es que ya han dividido todos los bienes, sino la cuestión suele complicarse, ya que la división patrimonial es quizás la más frecuente causa de enfrentamientos, como lamentablemente nos muestra la experiencia judicial-. Con esto no queremos decir que los menores no deben percibir los efectos del divorcio de los padres o, como suele decirse, que los padres deben mantener indemnes a los hijos de las consecuencias de su ruptura, y no es ése el sentido, porque esa "indemnidad" es imposible e irreal. El divorcio afecta la vida de los menores necesariamente, porque modifica la estructura

de la familia, la organización de sus subsistemas y relaciones. Y los menores, en ese nuevo marco referencial, siguen teniendo sus derechos, claro que adaptados a la nueva estructura.

En primer lugar, los menores tienen derecho a conservar a su padre y a su madre, porque es fundamental a su formación personal mantener ambos vínculos, ya que ambos progenitores, como transmisores de valores, contribuyen al desarrollo integral de los hijos. Este derecho exige la obligación recíproca de los padres de no desentenderse de los menores, lo que en general ocurre con el progenitor no guardador. Esta obligación impone a los padres una comunicación entre ellos, ya que la presencia necesaria de ambos para los chicos, los pone en contacto, ya sea física, emocional y espiritualmente. De allí que sea fundamental que los ex cónyuges aprendan a ver al otro, luego de la separación, como el padre o la madre de sus hijos y así reconocerlo como una "pieza" importante en la vida de éstos. Es obvio que este "reconocimiento", esta "aprehensión", esta "valoración" positiva del otro progenitor, es muy difícil de experimentar, aunque no imposible (31). Ello es así porque los sentimientos se encuentran muy mixturados, muy confundidos, es arduo tomar distancia emocional del ex cónyuge, con quien se debe acordar, decidir, intercambiar opiniones con relación a los temas de interés de los menores. Es una tarea, un trabajo a realizar de manera gradual, que requiere de una actitud generosa para con los hijos, porque es por ellos que se hace este ejercicio de diálogo y comprensión mutuos y no para conformar o ceder frente al otro padre, como equivocadamente se analiza desde una óptica parcial. Es este erróneo enfoque de la situación, del orden de prioridades, en definitiva de las exigencias del bien común familiar, lo que lleva a que esta tarea de "reajuste" de las relaciones se retrase o desafortunadamente fracase.

Este compromiso de los padres en disminuir los efectos de la pérdida que implica el divorcio en sus hijos, es también una plataforma necesaria para la satisfacción de los demás derechos de los menores. Porque son los padres -por aquella situación de

inferioridad de los hijos- quienes marcan el compás de las relaciones familiares. Y si ese marco referencial se construye a partir de ese compromiso, la transmisión de los valores necesarios para el desarrollo de los hijos puede continuar efectuándose con resultados satisfactorios. Los menores vivirán el divorcio de sus padres como un hecho doloroso, claro está, pero también como una experiencia no tan traumática, y la relación de respeto entre aquéllos les servirá para entender que siguen siendo sus padres a pesar de no ser más marido y mujer. Muchas confusiones en los chicos en esta comprensión de la nueva situación, son fomentadas por los padres cuando se echan culpas innecesarias, se desautorizan recíprocamente delante de los hijos, se "descalifican" con expresiones como: "Ese señor/a ya no es más tu padre o tu madre". Todo esto es sumamente dañoso para los menores y con estas actitudes beligerantes se violan sus derechos a la integridad psíquica, a la identidad -no saben quién es su padre realmente o lo perciben como un ser ausente, desdibujado-, al acceso a la verdad en definitiva, porque se les oculta, tergiversa, exagera o parcializa la realidad de las cosas.

La actitud de generosidad que predicamos para los padres separados -que es una auténtica actitud de realismo-, se convierte así en el medio idóneo para allanar el camino de acceso a los demás derechos de los hijos. El derecho a la alimentación, a la educación, a la salud, se verán satisfechos de manera más fácil, sin necesidad de recurrir a numerosos pleitos ante los tribunales, donde los padres se "desangran" espiritualmente y someten a sus hijos a presenciar y coexperimentar ese "desangramiento". Si bien, reiteramos, el divorcio siempre es un disvalor al bien común familiar entendido como el conjunto de exigencias para el mejor desarrollo de los miembros en la familia, en la realidad concreta en muchas ocasiones un "buen divorcio" es necesario, es más "valioso" que un matrimonio que "cohabita" -no convive- en el desamor, que corroe las relaciones familiares, hasta conducir a sus miembros al enfrentamiento continuo o la indiferencia total, síntomas máximos de la inexistencia espiritual de vínculos entre ellos. Por eso, si la experiencia nos enseña que si el divorcio, al menos, puede tener un

efecto de reajuste, de reordenamiento de la familia, para conservar mínimamente el bien común familiar -aun resquebrajado-, uno se pregunta: ¿qué buscan los padres que luego de separarse continúan litigando? Se han separado porque juntos sus vidas eran imposibles de ser dignamente vividas, ¿querrán que esta imposibilidad continúe aun separados y sea transmitida a sus hijos? La actitud generosa que reclaman los hijos de sus padres separados, es un elemento balsámico que nos recuerda analógicamente a la cita bíblica (32), en cuanto a que con ese marco referencial los derechos de los hijos se satisfarán por añadidura.

VI. Tenencia, visitas y derechos del menor

El divorcio de los padres impone, como dijimos, una reestructuración de la familia y por ende de los menores. Se redefinen los roles, las funciones, la situación. Y el efecto más inmediato y evidente de esta reestructuración es que los hijos ya no "conviven" con ambos padres, sino que lo hacen con uno solo y con el otro "transcurren" algunos días -fines de semana, vacaciones- o ciertos momentos del día -salida del colegio, merienda, estudios, ciertas comidas-. Al primero se lo denomina o rotula como el padre guardador, es decir, el que detenta la "tenencia" o la "guarda" de los menores. Al segundo le queda entonces el famoso "derecho de visitas" o "visita", denominación vulgar que expresa acabadamente la posición a la que generalmente se desplaza a este progenitor, de mera "visita" en la vida de sus hijos. En realidad es más apropiado hablar del derecho de "comunicación", término que utiliza nuestro ordenamiento positivo (art. 204, inc. 2, C. Civ. -según ley 23.264-). Esta dicotomía entre padre "guardador" y padre "no guardador" está prevista en la norma citada y en la del art. 206 del mismo cuerpo legal (según ley 23515) que prevé que los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten al interés del menor, y los mayores de esa edad, en caso de que no haya acuerdo entre los padres, quedarán con el que el juez considere más idóneo. La norma parte de una presunción que tiene fundamentos psicofisiológicos, al estimar que en los primeros cinco

años de vida la madre se encuentra en una posición más adecuada para convivir con el hijo, debido a la mayor dependencia de éste con la misma. Pero más allá de dicha edad, la única pauta es la idoneidad, sin establecerse presunción alguna. Es obvio que esta "idoneidad" tiene aquí el significado de capacidad para ser padre y ello importa capacidad para favorecer el "desarrollo integral" del hijo. De allí que un parámetro que debería ser tenido en cuenta por el juzgador de manera especial, es la disposición de los padres a facilitar, a favorecer la comunicación del hijo con el otro progenitor, puesto que hemos visto que un derecho esencial del menor es seguir teniendo dos padres (33). En síntesis, el requisito de la idoneidad debe ser analizado desde la óptica de los derechos del menor, dentro de los que está el de comunicación con el padre "no guardador", es decir, a partir del bien común familiar.

No obstante lo dicho, en realidad esta dicotomía entre padre "conviviente" y padre "no conviviente" no es siempre la mejor forma de reestructurar la familia luego del divorcio, porque impone necesariamente que los menores "vivan" más tiempo con uno de los padres. La alternativa más equilibrada la representaría la llamada "tenencia compartida", régimen por el cual los hijos transcurren aproximadamente la misma cantidad de días u horas en la semana con cada uno de los padres. Se puede ver un aspecto negativo en este tipo de "reordenamiento" y es que el niño "vive" en dos casas, tiene "dos familias" y puede terminar teniendo "cuatro padres" si los suyos rehacen su vida efectiva. Toda esta duplicidad podrá ocasionar más conflictos que los que se pretendan combatir. Consideramos que aquí no pueden efectuarse prescripciones de tipo general, y habrá que juzgar en cada caso qué es lo que contribuye en mayor medida a preservar el bien común familiar (34), pero entendemos que si los padres logran comprender y asumir el compromiso de actuar generosamente -como quedó dicho en el apartado precedente-, la tenencia compartida puede llegar a representar una experiencia sumamente enriquecedora tanto para los padres como para los menores.

Otra cuestión atinente a la tenencia es la conveniencia de que los hermanos vivan juntos, y hasta puede llegar a hablarse de un derecho de los menores a convivir. Si bien existe consenso mayoritario respecto de que ésta es la mejor solución (35), nuevamente creemos que tampoco aquí hay recetas generales, ya que es posible -fundamentalmente cuando se trate de hermanos con cierta diferencia de edad y de distintos sexos, que el "desarrollo integral" de uno de ellos requiera de un contacto más fluido con el padre y el de otro necesite más el de la madre -v. gr.: casos del adolescente varón que busca una identificación masculina y que por tal motivo prefiere abandonar la casa de la madre, permaneciendo en ésta su hermana menor que establece naturalmente mayor afinidad con su progenitora-. Como se puede apreciar, el norte siempre es el desarrollo integral de los chicos, el bien común familiar-, que en situaciones especiales puede exigir la "separación" física de los hermanos.

Por último, es dable aclarar que pueden presentarse casos extremos en que el bien común familiar exija que se suspenda o directamente se impida el régimen de visitas. Se trataría de casos en que uno de los padres o ambos -en este caso algún familiar podría peticionar por los menores-, atenten contra la salud moral, la integridad psicofísica de sus hijos. Lógicamente deberían agotarse todos los medios necesarios para recomponer la relación desquiciada, pero es bueno recordar también que los niños tienen en estas circunstancias el derecho de no experimentar situaciones realmente traumáticas en pos de un eventual mejoramiento de la relación con el progenitor que comprometan gravemente su formación y desarrollo como personas. Otra vez aquí, debemos tener presente la provisoriedad de las decisiones en materia de Derecho de Familia, debido a la mutante naturaleza de la familia que exige una constante "redefinición" de las reglas de "pertenencia" y de "poder" que se dan en su seno (36).

VII. Consideraciones finales

Las reflexiones que hemos intentado desgarnar a lo largo de todo este trabajo, nos conducen al comienzo de las mismas, donde escuetamente expusieramos nuestro propósito de precisar la relación entre el bien común como fin del Estado y los derechos del menor como parte integrante de ese bien común. A modo de síntesis creemos necesario remarcar la importancia de los derechos humanos como "acreencias" a los valores de la persona y del reconocimiento de los mismos que implica el bien común. Es así que si la comunidad política "reconoce" y no "constituye" tales derechos, puesto que tampoco "crea" los valores personales (37), no puede conferirles cualquier contenido, sino el que exigen las necesidades de la persona. En cuanto a los derechos de los menores, el bien común requiere del Estado un mayor cuidado y protección, ya que se trata de personas que carecen de un ejercicio directo de sus derechos. Esta tarea estatal, a la hora de legislar sobre estos derechos en el ámbito familiar, deberá tener como especial objetivo no sólo la justicia - valor cardinal alrededor del cual gira todo el ordenamiento jurídico-, sino también el amor, valor moral social que genera en las personas una actitud de entrega y donación hacia los otros con olvido de las cosas propias (38), a fin de lograr la necesaria predisposición de los padres para anteponer el interés de los hijos a los suyos propios. Y para quienes consideran que el amor nada tiene de jurídico, es necesario recordar que el Derecho en cuanto encarna a la justicia, se corresponde con la exigencia de apertura hacia el prójimo, lo cual es un elemento esencial de la condición humana, pudiéndose decir así, que el Derecho nace como instrumentación del amor (39).

Bibliografía

- (1) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "Episteme e politica", Giuffrè, Milano, 1987, p. 29.
- (2) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "op. cit.", ps. 23/29.
- (3) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "Analisi del bene comune", 2ª ed., Bulzoni, Roma, 1988, ps. 51/61 y 103/106.
- (4) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., segunda parte, Caps. 1, 3, ps. 111/113 y 174.
- (5) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., "idem", Cap. 4,2, ps. 165/168.
- (6) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., p. 178.
- (7) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., p. 156.
- (8) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., segunda parte, Caps. 1, 2, ps. 18/33.

- (9) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=QUINTAS>, Avelino M., "Analisi...", cit., p. 25.
- (10) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=QUINTAS>, Avelino M., "Analisi...", cit., ps. 27/29.
- (11) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>Ver este esquema de los tres tipos de vida enunciados en QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., primera parte, Caps. 4, 3, ps. 76/90 y en MILANO PUELLES, Antonio, "Fundamentos de filosofía", 11ª ed., Rialp, Madrid, tercera parte, Caps. XII, XIII y XIV, ps. 299/387.
- (12) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>Ver el tema de los valores en QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., segunda parte, Cap. 2, ps. 116/129.
- (13) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>Ver el tema de la politicidad en QUINTAS, Avelino M., "Analisi...", cit., segunda parte, Cap. 3, ps. 51/63.
- (14) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>Ver ARIAS PELERANO, Francisco, "La integración latinoamericana es tarea política", Club de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987, ps. 24/26.
- (15) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>Ver esta idea en BIDART CAMPOS, Germán J. y HERRENDORF, Daniel E., "Principios de derechos humanos y garantías", Ediar, Buenos Aires, 1991, ps. 66/71.

- (16) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Ver BIDART CAMPOS y HERRENDORF, "op. cit.", ps. 78/79.
- (17) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Ver en QUINTAS, A. M., "op. cit.", ps. 116/117.
- (18) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Ver MARTÍNEZ, Jorge C., "El increíble universo del recién nacido", Lidium, Buenos Aires, 1990, ps. 14/18.
- (19) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> QUINTAS, A. M., "op. cit.", Cap. 7, 1, ps. 239/247.
- (20) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> QUINTAS, A. M., "op. cit.", p. 125.
- (21) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Ver el análisis de esta evolución desde la psicología familiar en HALEY, J., "El ciclo vital de la familia", Cap. II: "Estrategias en psicoterapia", Amorrortu, Buenos Aires, ps. 33/57, y BIKEL, Rosalía, "Las etapas de la vida familiar", "Revista de Terapia Familiar", Vol. 9, Buenos Aires, 1982, ps. 59/71; y desde la perspectiva del matrimonio en DOMINIAN, Jack, "La cambiante naturaleza del matrimonio", en rev. "Criterio", 12/3/1992, ps. 43/47.
- (22) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Ver al respecto lo expuesto desde la psicología sistémica en ISSACS, Marla B., MONTALVO, Braulio y ABELSOHN, David, "Divorcio difícil. Terapia para los hijos y la familia", Amorrortu, Buenos Aires,

1988, Cap. VII, ps. 154/188 y MINUCHIN, Salvador, "Familias y terapia familiar", 4ª ed., Gedisa, Barcelona, Cap. VIII, ps. 204/231.

(23) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Ver IGLESIAS, Juan, "Derecho Romano", Ariel, Barcelona, 1972, ps. 531/533.

(24) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Remitimos nuevamente aquí a la naturaleza cíclica de la familia dada por el "natural desarrollo" de sus miembros en HALEY, J., "op. cit., ídem."

(25) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Ver lo analizado en cuanto a este doble aspecto de los derechos humanos en BIDART CAMPOS, G. y HERRENDORF, D., "op. cit.", ps. 66/77 y 80/83.

(26) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Al respecto conviene recordar la relación entre seguridad jurídica y justicia, en cuanto la primera es en cierta medida un instrumento técnico para garantizar otros valores exigidos desde la justicia según QUINTAS, A. M., "op. cit.", ps. 211/212.

(27) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
En cuanto a las etapas de transición y cambio de la familia, remitimos nuevamente a BIKEL, Rosalía, "op. cit."

(28) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Véase en BIDART CAMPOS, G. y HERRENDORF, D., "op. cit.", ps. 345/352.

(29) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Tomamos aquí los términos de divorcio y separación como sinónimos en el sentido de abandono de la convivencia por parte de los padres y no con el específico significado jurídico que nuestro ordenamiento positivo distingue entre divorcio vincular y separación personal.

(30) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Para el examen específico de la teoría estructuralista de la familia, véase MINUCHIN, S., "op. cit.", en concreto Cap. III.

(31) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Es interesante la lectura de las reflexiones efectuadas acerca de la labor del terapeuta en esta tarea específica en la obra de ISAACS, MONTALVO y ABELSOHN, "op. cit.", Caps. IV a VIII y en BEAL, Edward W., síntesis traducida de su trabajo "Separation, Divorce and Single Parent Families", en "The Family Life Cycle", Gardner Press.

(32) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> "Nuevo Testamento", Lucas, Cap. XII, vers. 31: "Por lo tanto trabajen por su Reino (de Dios) y El les dará todas estas cosas por añadidura".

(33) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=> Ver lo reflexionado acerca de las consecuencias en los menores de la privación injustificada del régimen de visitas, en BLANCO, Luis G., "Divorcio y derecho de visita: necesidad psicológica de los menores de mantener comunicación con su progenitor no custodio", JA 11/4/1990, n. 5867, pto. II, ps. 15/16.

(34) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Remitimos nuevamente a BLANCO, Luis G., "op. cit.", pto. I, ps. 11/12.

(35) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Ver lo reseñado por BLANCO, Luis G., "op. cit.", p. 12.

(36) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Remitimos nuevamente a MINUCHIN, Salvador, "op. cit.", ps. 98/107.

(37) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Ver BIDART CAMPOS, G. y HERRENDORF, D., "op. cit.", ps. 77/79 y 158/161.

(38) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
Ver PIEPER, Josef, "Las virtudes fundamentales", Rialp, Madrid, 1980, p. 435.

(39) <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?src=externalLink&crumb-action=append&context=50&docguid=>
CHIAVACCI, E., "Introduzione all'etica sociale", Studium, Roma, 1966, ps. 69/72, según cita de QUINTAS, A. M., "op. cit.", p. 213.

El poder constituyente originario. Consideraciones sobre su naturaleza y ejercicio

Por Aldo Luis De Cunto.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar>

Publicado en: LA LEY 1997-B, p. 1376-1393.

Cita Online: AR/DOC/4089/2001

[Consultado el: 05/04/2021]

Sumario:

I. Introducción. - II. El poder constituyente como expresión del poder político. - III. La finalidad del poder constituyente originario. - IV. La titularidad del poder constituyente originario. - V. El poder constituyente originario y la soberanía. - VI. Los límites del poder constituyente originario. - VII. La democracia como forma de Estado y el pueblo como titular del poder constituyente originario.

I. Introducción

El propósito de este trabajo es ahondar en la relación que existe entre la democracia y el control del poder político. Hoy en día es cada vez más notoria la necesidad de controlar al poder político, en especial al de los gobernantes, como una forma de afianzar las garantías y de lograr el respeto irrestricto de los derechos de la población, siendo ésta la característica más esencial del sistema político democrático constitucional. Durante mucho tiempo se identificó a la democracia con una forma de gobierno en la cual la legitimidad de los gobernantes provenía del origen popular de sus investiduras, vale decir de su elección por la población. En la terminología de Loewenstein, los detentadores del poder lo ejercían porque así lo disponía la voluntad de los destinatarios del mismo. Siguiendo a Bidart Campos, la democracia como forma de gobierno responde a la pregunta ¿quién

ejerce el poder?, es "una manera de organizar y distribuir las estructuras y competencias de los órganos que componen el gobierno"(1). A lo largo de la historia se empleo el término democracia para hacer referencia a un tipo de organización estatal en la cual en mayor o en menor medida los gobernados tienen participación en las decisiones de los gobernantes (2). Y dicha participación en el proceso de la toma de la decisión política, puede implicar un mínimo control sobre los gobernantes, que se ven obligados a auscultar de alguna manera la opinión de la gente, pero dista mucho de ser una barrera efectiva contra los excesos de los mismos. Y ello es así porque, como dijimos, la forma de gobierno democrática nos contesta acerca de quiénes deben gobernar pero no cómo deben hacerlo.

La solución al problema del cómo debe hallarse en la democracia como forma de Estado o estilo de vida, es decir aquel sistema político caracterizado fundamentalmente por el respeto de los derechos de la persona humana y que hace hincapié en la legitimidad de ejercicio del poder en lugar de la legitimidad de origen (3). Y fue el constitucionalismo con su finalidad de respeto de la persona humana y consiguiente limitación del poder a través del ordenamiento jurídico, lo que insufló de contenido a la forma de gobierno democrática, siendo válido entonces denominar a la forma de Estado como democracia constitucional (4), o hablar de sistema político constitucional democrático (5). Ahora bien, si la Constitución del constitucionalismo, no la Constitución real que tiene todo Estado aun el totalitario, cumple la función primordial de limitar y controlar al poder político de los gobernantes, organizando las instituciones que articularán las relaciones de éstos con los gobernados, resulta necesario saber quien tiene el poder de dictar la Constitución y si ese poder tiene límites, ya que existe una relación lógica y cronológica - estática y dinámica- entre el mismo y la Constitución, resultado del ejercicio de dicho poder.

II. El poder constituyente como expresión del poder político

El poder político no es más que una manifestación particular del poder genéricamente considerado, al que podemos conceptualizar como la relación en virtud de la cual la acción de una o varias personas determina el comportamiento de otra u otras -relación de mando y obediencia- (6). Hay quienes consideran que si hay relación de poder, cualquiera sea la forma en que ésta se manifieste, habrá política, lo que conduce a un sentido lato de la política como señala Bertrand de Jouvenel (7). Por el contrario, si circunscribimos la relación de poder político a aquella que se da entre quienes mandan y obedecen en el ámbito del grupo humano complejo y autosuficiente que involucra a todos los demás grupos menores, el poder político se presenta como la especial manifestación del poder en el ámbito del Estado (8). Sin embargo, y siguiendo en este punto a Mario Justo López, cabe distinguir entre el poder político y el poder estatal. Aquél es más amplio y complejo, pues si bien en sus diversas manifestaciones siempre se desenvuelve en el ámbito del Estado, el poder estatal es el que ejercen los gobernantes o detentadores formales del mando en nombre del Estado, institucionalizando así al poder. Pero también existe poder político no estatal desplegado por quienes no son ocupantes formales del poder para acceder a él, y la influencia, esto es la actividad de poder o de presión que ejercen los no ocupantes de cargos sobre los detentadores formales del poder (9).

Efectuada esta aclaración hallamos que el poder político estatal, es decir el que se ejerce desde los cargos estatales por los ocupantes formales de los mismos, se manifiesta a través de distintas funciones. Según la clásica división tripartita, estas funciones son la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Es un punto controvertido si la función constituyente es una función más del poder político estatal. Hay quienes la consideran una cuarta función, como Sayagués Laso. Otros entienden que está incluida dentro de la legislativa, entendida ésta de una manera amplia, Como la función de dictar normas obligatorias de alcance general e impersonal tendientes a

regular las relaciones entre gobernantes y gobernados (10). Sin embargo, no sin razón se argumenta que la función o -expresándonos con el término más usual - el poder constituyente, no integra el poder político estatal, ya que es el poder que "constituye" o "crea" al Estado. Es la posición de Bidart Campos, quien considera que el poder constituyente es ejercido por la comunidad -como titular natural- para establecer el Estado y una vez que éste se ha constituido, aparece el poder político del Estado que es poder constituido (11). Análoga concepción es la de Xifra Heras, para quien el poder constituyente es un poder extra-estatal, trascendente al orden jurídico positivo, por eso es originario, ajeno a toda competencia predeterminada como los poderes constituidos, a los que él genera (12).

Ante esta disparidad de opiniones respecto de la integración o no del poder constituyente dentro del poder político estatal, encuentro necesario hacer una distinción dentro del poder constituyente mismo. Es sabido que el poder constituyente puede ser originario o constituido, siendo este último también llamado derivado o reformador (13). Siguiendo en este tema a Burdeau, diremos que el poder constituyente constituido o instituido, tal como denomina este autor al derivado, es el que interviene en virtud de una Constitución anterior, de modo que no existe solución de continuidad entre la Constitución anterior y la nueva (14). Es más, en ejercicio del poder constituyente instituido, se podría modificar completamente la vieja Constitución, pero de acuerdo al procedimiento previsto por ella (15). En cambio el poder constituyente originario se pone en acción cuando no hay una constitución anterior, en cuyo caso se establece un Estado nuevo o bien cuando el anterior orden constitucional es suprimido por un hecho revolucionario (16). Bidart Campos coincide con esta apreciación dualista del poder constituyente originario, ya que entiende que la etapa de primigenidad del mismo tiene lugar cuando se da nacimiento a un nuevo Estado y también cuando en ese Estado ya existente se modifica y sustituye totalmente la Constitución anterior (17). Sin embargo para el profesor argentino, la reforma total de la Constitución de acuerdo al procedimiento por ella establecido implica ejercicio de poder constituyente originario, mientras que Burdeau lo

califica poder constituyente instituido, si bien, según el autor francés, se trataría de un "fraude a la Constitución"(18).

Parecería que la característica esencial que distingue al poder constituyente originario del poder constituyente instituido radica en que el primero no encuentra o deriva su justificación en una legitimidad jurídica anterior, su fundamento es trascendente al orden jurídico. En cambio el poder constituyente constituido o instituido encuentra su legitimidad en la legalidad de su función regulada por la Constitución halla su fundamento en el propio orden constitucional que considera inidóneo o injusto (19). Esa es la opinión que citáramos de Burdeau en cuanto el poder constituyente originario se manifiesta al constituirse un nuevo Estado o al sucumbir el orden constitucional vigente por un procedimiento no previsto en él, es decir con la instauración de un nuevo ordenamiento por vías de hecho. Estrictamente la hipótesis mencionada por Bidart Campos de una reforma legal pero total de la Constitución en cuanto se modificaría su espíritu o principios básicos, sus "contenidos pétreos" según la terminología por él empleada (20), importa ejercicio de poder constituyente derivado o instituido, ya que el mismo deriva del ordenamiento vigente, más aun en constituciones como la nuestra, según cuyo art. 30, puede ser reformada en el todo o en cualquiera de sus partes. Hecha esta aclaración, no encontramos dificultad alguna en considerar al poder constituyente instituido como una función del poder político estatal, ya que si bien desde un punto de vista lógico es superior a los demás poderes constituidos en tanto puede modificar su existencia, no deja por ello de ser un poder constituido en cuanto es "creado", "establecido" por la Constitución vigente y como tal el órgano que lo ejerce, ya sea el parlamento en caso de constituciones flexibles o una asamblea constituyente en las rígidas, es un órgano del Estado, por cuanto su competencia está normada en la Constitución. Se podría argumentar que el parlamento con facultad constituyente o preconstituyente, como la que le asigna nuestro art. 30, o la propia convención constituyente no son órganos del Estado, detentadores del poder estatal, sino del pueblo o la comunidad, y en consecuencia el poder constituyente instituido no importaría poder político estatal. Es

más, la actividad desplegada para llevar a cabo la reforma constitucional de acuerdo al orden vigente puede originarse en un reclamo popular - "influencia"-, pero necesariamente para que tenga validez y eficacia jurídica, importará la toma de decisión política por parte de los detentadores formales del poder -v. gr.: la declaración de necesidad de la reforma, la actividad legisferante de la asamblea constituyente-, y en esa medida importará poder político estatal. En definitiva creemos que el poder constituyente derivado o instituido es poder estatal, porque más allá de que tiene por objeto la modificación de la estructura fundamental del Estado -y esta modificación puede llegar a ser total-, no deja en esencia de ser un poder constituido en cuando está "creado" y "prevista" su competencia en el orden jurídico vigente, cuyo respeto es fundamento de su eficacia (21). Por tal motivo, ya sea que se lo encuentre ejercido por el mismo órgano legislativo que sanciona las leyes ordinarias o por un órgano especial con el específico contenido de reformar la Constitución, siempre se tratará de un órgano creado por el derecho vigente, con facultad legislativa-constitucional, y por lo tanto las normas que dicte encontrarán su validez en su subordinación al orden imperante y se integrarán así al sistema jurídico del Estado, pudiéndose en consecuencia imputarse esa actividad al mismo (22).

La consideración del poder constituyente originario presenta aristas diferentes. Una primera apreciación nos revela como ilógico que el poder que constituye inicialmente al Estado pueda ser conceptualizado como poder estatal. Existe un contrasentido tanto lógico como cronológico en esta proposición. No podría pertenecer al Estado el poder que da origen al mismo. Ahora bien, también es cierto que el producto de la actividad del poder constituyente originario es la primera organización estatal o una nueva resultante del ejercicio de esa competencia sin respetar el orden de derecho vigente. En ambos casos se trata de la creación de normas jurídicas que, o bien dan origen a la organización estatal o se integran a ella en su cúspide -caso de golpes de Estado que anteponen un estatuto revolucionario a la Constitución-, o directamente la suplantán por uno nuevo sin respetar el mecanismo establecido por el ordenamiento reemplazado.

Considerado el "resultado" o "producto" de la actividad desplegada en el ejercicio del poder constituyente originario, es innegable que se trata de normas del ordenamiento estatal, y de las supremas y fundamentales que dan sustento a todas las demás, que subordinan a las mismas. ¿Se puede deducir de esto, que el poder que engendra esas normas estatales, es poder institucionalizado, "normativamente" imputado al Estado y consecuentemente poder estatal? (23). Entendemos que no. Es cierto que los poderes constituidos -e incluimos en ellos al poder constituyente derivado como se explicara precedentemente- crean normas del ordenamiento estatal- y como normas nos referimos a toda decisión tomada de acuerdo al sistema imperante-, y de esa manera son manifestaciones del poder estatal, ya que importan la actividad de personas que ocupan cargos que en virtud de otras normas jurídicas se imputan a la "institución-cuerpo" Estado (24). Pero el poder constituyente originario es justamente el creador de esas normas jurídicas en virtud de las cuales se imputa al Estado la actividad de quienes ejercen los poderes constituidos. Se sigue de ello que las normas originadas por el poder constituyente originario integran el ordenamiento jurídico estatal y lo hacen en relación de supraordinación respecto de las demás, pero el poder que las engendra no es imputable al Estado porque justamente son dichas normas las que hacen posible dicha imputación.

Es sumamente esclarecedora para comprender el razonamiento propuesto, la distinción que hace Heller entre "poder objetivo del Estado" y "poder subjetivo sobre el Estado". Heller habla genéricamente de la "organización", género de la especie "Estado"(25). El poder objetivo del Estado es el imputado a éste, es el poder político estatal, en cambio el poder subjetivo sobre el Estado, es el que decide sobre el ser y la forma de la organización. Y continúa este autor argumentando que este poder subjetivo sobre el Estado puede encontrarse dentro o fuera de él (26). Aquí debemos disentir con el autor alemán, ya que si entendemos al poder constituyente originario como el que da origen al Estado o el que modifica o reemplaza su ordenamiento sin respetar el procedimiento regulado para tal fin por el orden vigente, necesariamente este poder subjetivo sobre el Estado

debe ser externo a él. Es así que, ya sea porque se trata de un poder ejercido por un grupo de personas para crear el Estado -v. gr., Asamblea Constituyente de 1853 que dio origen a nuestro país como Estado federal-, o para reemplazar, modificar o alterar el orden constitucional vigente- golpes de Estado que dieron origen a los distintos regímenes de facto, habiéndose arrogado expresamente esa competencia los de 1966 y 1976 con la sanción de normas estatutarias con rango constitucional-, siempre estamos en presencia de una actividad que no es ejercida por detentadores formales del poder estatal, en un caso por cronología y en el otro por ilegalidad, por lo que no se trata de poder imputable al Estado. Atendiendo a esta noción del poder constituyente originario, la interpretación que podemos efectuar de la argumentación de Heller, es aquella según la cual el poder subjetivo sobre el Estado que dicho autor sitúa dentro del Estado, sólo puede tratarse del poder constituyente derivado o sencillamente de alguno de los tres poderes constituidos clásicos -Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, cuando deciden alguna cuestión fundamental a la esencia y forma de la organización política (27), pero nunca se trataría de poder constituyente originario.

Habiendo arribado a la conclusión de que el poder constituyente originario no es poder político estatal, lo que es indiscutible es que el mismo es poder político, en cuanto se trata de una actividad desplegada en el ámbito de la comunidad global autosuficiente que involucra a los demás grupos menores, en tanto se propone organizarla en su origen o reorganizarla a través de una vía de hecho en violación a la legalidad imperante. Y, si como habíamos visto, la "influencia" es la presión que se ejerce por los destinatarios del poder sobre los detentadores del mismo (28), debemos concluir que el poder constituyente originario es poder político no estatal, ya que no se trata de una mera actividad de presión sobre los gobernantes, sino de una actividad desplegada por quienes cuentan con la capacidad de acción suficiente para crear al Estado o modificar su estructura violando el orden legal en este último caso. En el caso del dictado de la primera constitución, quienes ejercen el poder constituyente originario son aquellos que por una circunstancia de

hecho -v. gr.: guerra de independencia-, o de derecho -v. gr.: cumplimiento de normas de derecho internacional: los pactos preexistentes del preámbulo de nuestra Constitución-, llevan a cabo la etapa fundacional de un Estado estableciendo su ordenamiento fundamental, que puede ser una Constitución material o formal. En el supuesto del reemplazo o alteración de la Constitución vigente por vías de hecho, el ejercicio del poder constituyente originario puede ser llevado a cabo por detentadores formales del poder pero desplegando una actividad violatoria del orden vigente -v. gr.: violación de la Constitución e instauración de una nueva por vías ilegales por los propios gobernantes, lo que vulgarmente denominaríamos un "autogolpe"-, o bien como es más frecuente es ejercido por quienes no ocupan cargos formales o al menos no presiden alguno de los tres poderes constituidos -lo que llamaríamos una revolución desde el llano o un levantamiento militar de jefes de las fuerzas armadas, que pasan a cumplir así una función distinta a la que les asigna la Constitución imperante.

III. La finalidad del poder constituyente originario

Hemos explicado los argumentos que nos llevan a incluir a la "especie" poder constituyente originario dentro del "género" poder político o estatal. Para ello nos hemos circunscripto a un análisis meramente descriptivo de la cuestión, sin expresar apreciaciones de carácter valorativo. No hemos superado el marco de la ciencia política en cuanto conocimiento empírico de la realidad política (29). Pero para analizar la finalidad del poder constituyente originario, debemos trasponer tales límites para adentrarnos en el campo de la filosofía política, en cuanto conocimiento que busca los aspectos esenciales y permanentes de la realidad política, lo cual conduce a la indagación del por qué y para qué de la misma, remitiéndonos a sus fines y a la consideración axiológica de ella (30).

Habiendo identificado al poder constituyente originario como aquella actividad desarrollada por un grupo de personas para organizar por primera vez un Estado o modificar o suplantar su estructura sin

respetar el ordenamiento vigente, es preciso examinar previamente desde la filosofía política, si el poder político es necesario y para qué lo es. Es decir, se debe conocer la finalidad del mismo. Para ello vamos a remitirnos brevemente a lo expuesto por Quintas, como ya lo hiciéramos en trabajos anteriores, quien plantea como primer problema de la filosofía política, la politicidad del hombre, esto es, que la realidad política es natural al hombre ya que la naturaleza de éste exige la existencia de la política (31). Esta aserción se explica partiendo del conjunto de necesidades que el hombre debe satisfacer y que le son impuestas por su naturaleza, que están implicadas en los aspectos vegetativos, sensitivo e intelectual o espiritual de la vida humana, a través de los cuales al ser humano le es dado cumplir con las funciones mínimas de subsistencia, conocer el mundo exterior mediante los sentidos y también las realidades inmateriales que superan las circunstancias temporo-espaciales -entre estas últimas, su propia interioridad- (32). De estas necesidades y funciones antropológico-estructurales, se infieren los valores que las satisfacen y consecuentemente desarrollan a la persona. Es así que encontramos los valores que desarrollan "específicamente al ser humano -v. gr.: culturales y de la religiosidad-, los que lo hacen "dispositivamente" -v. gr.: morales sociales, morales individuales y vitales- y finalmente los que coadyuvan a ello en un nivel meramente "instrumental" -valores económicos- (33). También es un dato de la naturaleza que para satisfacer estas necesidades y obtener estos bienes o valores, el hombre está "estructuralmente" abierto a los demás, ya que sólo lo puede lograr en la interrelación y comunicación con sus congéneres, prueba de ello es su capacidad natural del lenguaje (34). La propia estructura del ser humano hace de él un ser social en cuanto nace de la comunicación de otras dos personas y a lo largo de su vida se va integrando "naturalmente" a distintos grupos: familia, comunidad educativa, grupos culturales, laborales, socioeconómicos, etc. Y estos grupos requieren de un grupo mayor que los englobe, que es la comunidad política, cuyo fin o bien común es según la definición de Quintas: "el recto ordenamiento de los bienes de una sociedad política, ya sea en cuanto comunicable a sus miembros para su desarrollo integral, ya sea en cuanto alcanzable mediante la

colaboración de los mismos"(35). Es decir, el bien común político, no puede desconocer el desarrollo integral de la persona por cuanto el Estado existe por y para la persona, en cuanto es la politicidad de ésta su causa eficiente (36).

Sentado lo hasta aquí expresado y continuando con la actividad "ascendente" que parte de los datos de la realidad elevándose a los valores, pasamos al segundo interrogante. El bien común es el segundo problema que se presenta en la filosofía política, esto es el gran tema del fin de Estado, en el cual se debe tener presente que el específico carácter ético de la vida y sociedad política depende fundamentalmente de la existencia del bien común como meta para el desarrollo integral del hombre (37). Por ello es que consideramos en su oportunidad que el bien común político no puede tener otro contenido que los valores que favorecen el desarrollo integral de la persona, lo que importa decir que el mismo consiste principalmente en el reconocimiento de los derechos humanos en cuanto "créditos" de la persona a los valores referidos (38).

Ahora bien, una vez que tenemos identificado al bien común político como requerido por el desarrollo integral del ser humano, surge el problema de la organización como medio necesario para alcanzar dicho fin, lo que nos plantea el tema de la autoridad política, entrando en la etapa descendente de la filosofía política (39). Siempre siguiendo a Quintas, diremos que se desprenden de este gran tema de la autoridad política, los problemas de la obligación política de los ciudadanos y de la legitimidad o justificación del gobierno, lo que conlleva la legitimidad o no de la resistencia a la autoridad (40). Y finalmente, si al problema de la necesidad de una autoridad como principio organizativo también se lo responde afirmativamente, se llega a la cuarta fase en la que se formulan las funciones esenciales de la autoridad política, lo que involucra los derechos y deberes de la autoridad y de los ciudadanos -bien podríamos decir de los gobernantes y gobernados, conforme se denomina a los términos de la relación de poder-. Se entra así al análisis de la "constitución" como forma de organización jurídica de la sociedad política (41).

Efectuada esta descripción de los distintos problemas que plantea la filosofía política, de manera escalonada y concatenada, resulta de cuanto hemos dicho que la autoridad tiene su razón de ser en cuanto es un medio organizativo para la consecución del bien común. Hablar de la autoridad es hablar del poder y específicamente del poder entendido como elemento que pone en movimiento y dirige las diversas interacciones humanas hacia un determinado bien común, que en el caso de la realidad política es el bien común político (42). De allí que el poder, mando o autoridad, como se lo quiera denominar, siempre es un instrumento necesario para lograr el bien común político, ya que la comunidad política necesita de un principio ordenador que dirija las acciones de sus miembros hacia la consecución de dicha finalidad. Ahora bien, si el tercer tema de la filosofía política es la autoridad -en definitiva el poder, de acuerdo a la digresión hecha en este párrafo- y el cuarto la Constitución, que bien podemos identificar como el acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obliguen tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder en cuanto al ejercicio de éste (43), se impone por un respeto cronológico del fenómeno del poder y su organización, la consideración del poder constituyente originario. En efecto, dado que tenemos como un hecho natural e insoslayable la vida del hombre en comunidad política y que la finalidad de la misma es el bien común político, el fenómeno del poder se presenta también de manera necesaria y ya sea en forma material o real o a través de un documento jurídico, en toda comunidad política existe una constitución como conjunto de normas básicas, al que tanto gobernantes como gobernados se someten para reglar sus derechos y obligaciones. En virtud de esto, siempre en un momento determinado de la historia existe ejercicio del poder constituyente originario en la versión de decisión política fundamental que tiene como finalidad el establecimiento de la primera Constitución de un Estado. Reiteramos que esta Constitución puede ser material o formal, resultando evidente que los primeros ejercicios de poder constituyente originario tuvieron como resultado una Constitución material, es decir una organización fáctica del poder.

Volvamos ahora a la filosofía política. Hemos dicho que el poder político es un medio organizativo de las acciones humanas para obtener una finalidad común, que según el planteo axiológico que realizáramos, es el bien común político, cuyo contenido fundamental radica en el reconocimiento de los derechos humanos en tanto "créditos" o "acreencias" de las personas a los valores que favorecen su desarrollo integral. De allí que habrá legitimidad del poder en la medida en que éste enderezca las acciones y ordene las relaciones humanas dentro del Estado, teniendo como norte ese respeto y reconocimiento de la persona humana y sus derechos. También colegimos de esto que la Constitución, forma de organización del poder en cuanto determina cómo se obtiene, cómo se ejerce y cómo se controla (44), tampoco puede desentenderse del bien común político, ya que como estructura organizativa del medio, a su vez también organizativo, cuya razón de ser radica en la consecución del bien común político, debe tomar en cuenta la finalidad de la realidad relacional -el poder- que regula. Es decir, esta realidad relacional -ya que en eso consiste la esencia del poder en la relación entre quienes mandan y obedecen-, se instala necesariamente en la convivencia humana, porque así lo exige la propia naturaleza del hombre, ya que sin ese principio de organización vería desmoronarse la sociedad y desvanecerse el bien común político, en tanto reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, el poder puede ser ejercido sin atenerse al respecto y reconocimiento de los derechos humanos, convirtiéndose en un obstáculo para que las personas satisfagan sus necesidades y obtengan su desarrollo integral. Por eso es relevante la función de la Constitución como organización del poder, de modo tal que lo estructure para que sirva al contenido axiológico del bien común político. Arribamos así a que el poder constituyente originario, como determinación de la decisión política de organizar por vez primera al poder -y por ende al Estado-, es la primera manifestación del poder político, puesto que decidir cómo se obtiene, se ejerce y se controla el poder, es la decisión humana fundamental (45), y como tal ya importa ejercicio de poder político. En consecuencia, si bien el fin inmediato y "primero en el hacer" del poder constituyente originario es organizar al Estado y a la relación de poder que en él se da, por ser ya ejercicio

de poder político, si bien no de poder político estatal como reflexionáramos en el capítulo anterior, tiene como fin mediato o "primero en el ser", la consecución del bien común político, lo que importa decir, el reconocimiento de los derechos humanos.

Por último, respecto de este tema, diremos que el poder constituyente originario, en la segunda acepción de Burdeau, importa la supresión del orden constitucional establecido por una vía ajena a la legalmente prevista, lo que nos ubica nuevamente en el tercer problema de la filosofía política, en cuanto lo que se pone en duda con su ejercicio es la legitimidad de la autoridad, ya que implica resistencia a la misma. Es el conocido tema del derecho de resistencia a la opresión, el "ius resistendi" de los escolásticos, cuyo ejercicio es condicionado por la mayoría de la doctrina con un número importante de requisitos, de manera tal, que la prudencia es la virtud que debe campar en tales circunstancias, para que no se obtenga como resultado una opresión más fuerte (46). Nuevamente aquí, vemos que el ejercicio de esta resistencia a la autoridad se justifica en cuanto ésta deviene ilegítima por su desviación fundamental -no cualquier desviación lo habilita-, respecto del bien común político, lo que importa un desconocimiento constante y metódico de los derechos humanos. Como se ve, también aquí, más allá del fin inmediato de la supresión de un orden injusto por otro que se considera más justo, se aprecia como objetivo mediato el bien común político, se tiene derecho a resistir a la autoridad porque la misma ha hecho del desconocimiento de los derechos humanos una práctica constante de ejercicio del poder. De allí que cierta doctrina entienda que sólo habrá ejercicio del poder constituyente originario en caso de que la supresión del orden injusto imponga la necesidad de un nuevo orden, no existiendo ese ejercicio si basta con el restablecimiento del orden anterior al removido (47). De todas maneras, una apreciación fáctica de la cuestión nos lleva a considerar que existe poder constituyente originario, cuando por vías no establecidas legalmente, se suplanta o altera el orden constitucional vigente por otro, sea uno nuevo o el anterior al destituido; pero el análisis axiológico del tema nos conduce a considerar válido el ejercicio de este poder constituyente originario,

sólo cuando el orden removido es notoriamente injusto por importar un desconocimiento sistemático de los derechos humanos, y por ende del bien común político, lo cual viene a ratificar a este último como fin del poder constituyente originario, también en esta segunda acepción. La reforma constitucional de 1994 ha otorgado reconocimiento normativo a la misma en el art. 36, cuarto párrafo.

IV. La titularidad del poder constituyente originario

Una vez que hemos analizado la naturaleza y la finalidad del poder constituyente originario, resulta conveniente examinar la cuestión de la titularidad de este poder. Este tema amerita una aclaración previa. Desde un punto de vista empírico, de la experiencia política, el titular del poder constituyente originario es aquella persona o grupo de personas que de manera formal o material -esto es, a través de un documento jurídico o no-, establecen el ordenamiento estructural de una comunidad política. En el caso del ejercicio del poder constituyente originario como reemplazo del orden vigente por otro por fuera de sus previsiones normativas, entendemos que siempre se trata de un ejercicio material de este poder, ya que siempre un movimiento revolucionario o un golpe de Estado representan la obtención del poder por una vía de hecho. En un segundo momento, una vez obtenido el poder, es decir cuando ya el orden constitucional fue alterado de hecho, por cuanto ocupan los poderes constituidos, o al menos uno de ellos, quienes no están habilitados por el mismo, es frecuente que se dicte un documento formal a fin de dar sustento jurídico a la situación consumada. En ambos casos resulta claro que no es la totalidad de la población o del pueblo -entendido éste como la parte de aquella que ostenta derechos políticos (48)-, el titular del poder constituyente originario. Ello tiene su explicación lógica dado que el ejercicio del poder, siempre es un hecho minoritario, aun cuando quienes lo ejercen cuenten con el apoyo masivo de la población. De allí que, como bien dice Bidart Campos, el ejercicio "en acto" o efectivo del poder constituyente radica en quienes en un momento dado están en condiciones de determinar la estructura del Estado (49), o al decir de Burdeau, el mismo radica en el individuo o

grupo en el que se encarna la idea de derecho (50).

Sin embargo, cuando se analiza la cuestión desde el punto de vista de la filosofía política, desde una perspectiva axiológica, del "deber ser", la opinión mayoritaria asigna esta titularidad el pueblo o para decirlo en forma más inequívoca a la totalidad de quienes integraran la comunidad política. Bidart Campos quien reconoce a la politicidad del hombre como causa eficiente del Estado, considera que una vez que la necesidad natural de convivir políticamente se actualiza en un Estado determinado, los hombres tienen que decidir cómo va a ser ese Estado, apareciendo así el poder constituyente y su titular natural, y cómo la naturaleza da sólo el impulso pero no la forma singular del Estado, ésta debe ser adoptada por todos los interesados, por toda la comunidad (51). Linares Quintana, de manera más lacónica, expresa que en el Estado actual de la civilización y la cultura política del mundo, no existe duda de que el sujeto del poder constituyente es el pueblo (52), lo cual revela un juicio descriptivo más que axiológico, en el sentido de que en la actualidad la aceptación generalizada de la democracia como forma de gobierno conlleva la del reconocimiento del pueblo como titular del poder constituyente. Heller, adopta una postura también empírica cuando expresa que sólo cabe considerar sujeto del poder constituyente al príncipe o al pueblo si han adquirido esa condición en virtud de una norma y en el caso del pueblo aclara que sólo puede ser considerado sujeto del poder constituyente si es supuesto como unidad política, y ello es posible por la sumisión a un orden normativo (53), lo cual nos trae reminiscencias de la doctrina de Sieyès, según la cual la Nación es el titular del poder constituyente y de la soberanía, entendida como la colectividad indivisible de individuos cuya personificación será el Estado (54). Ahora bien, esta idea de Heller no parece corresponderse estrictamente con la titularidad del poder constituyente originario, ya que infiere esa condición en el príncipe o en el pueblo en virtud de una norma preexistente. Pero si el poder constituyente originario es el que se ejerce al inicio de la configuración del Estado o al margen del orden establecido, según explicáramos más arriba, no nos parece que su titular debiera recibir dicho carácter de un ordenamiento ya vigente.

Volviendo de un examen valorativo, hemos dicho que el poder constituyente originario tiene como fin mediato al bien común político y este bien común político tiene como contenido los valores que satisfacen las necesidades del hombre. Este bien común es común en tanto se debe realizar con la colaboración de todos y se debe distribuir a los distintos miembros del grupo, lo que lleva a distinguir entre bien común a construir y bien común a distribuir (55). La realización del bien común a construir es el resultado de la efectiva participación de todos según sus fuerzas y capacidades aplicadas a los recursos disponibles, y una vez realizado el bien común deviene en un bien a distribuir de modo tal que los individuos puedan extraer de él aquello que necesitan para su desarrollo integral (56). Resulta evidente que el bien común, tanto en su faz constructiva como distributiva, es un cometido que importa a toda la comunidad. Y si el poder constituyente originario es la capacidad de organizar al Estado por vez primera o de reestructurarlo cuando el orden existente se reputa esencialmente injusto, teniendo como norte la búsqueda y obtención del bien común, deducimos de ello que esa capacidad o potencialidad debe ser titularizada en potencia por toda la comunidad, ya que el bien común requiere de la colaboración de todos e importa al desarrollo de todos. Esa titularidad plural o comunitaria se debe traducir en alguna forma de participación de la población en la adopción de la organización de la relación de poder. Esa participación puede oscilar desde un pasivo consenso -siempre espontáneo, no coaccionado por el temor o la fuerza-, respecto de las decisiones de quienes ejercen en acto el poder constituyente originario, hasta una actuación preponderante de la comunidad, que puede presentar una gama de actividades como elección de constituyentes, ratificación de la Constitución por el pueblo, todas demostrativas de un consenso activo de los actos necesariamente minoritarios de los titulares en ejercicio.

Lo que queremos significar con lo anterior es que no existe legitimidad en el ejercicio minoritario del poder constituyente originario sin un mínimo consentimiento de la comunidad. Y encontramos el fundamento de esta proposición en la propia

estructura natural del hombre. Habíamos considerado que existe un aspecto intelectual o espiritual en la vida del hombre por el cual le es dado conocer las realidades inmateriales (57). Este conocimiento es posible por la capacidad intelectual del ser humano, la inteligencia o entendimiento, por la cual se analiza el bien o el mal de una determinada acción y de esa manera juzga sobre los bienes que se proponen a la voluntad, que es el apetito humano derivado del conocimiento intelectual por el cual el ser humano quiere o rechaza determinada acción (58). A esta actividad intelectual, cognoscitiva y volitiva, se corresponde un valor que es la libertad psicológica, esto es la libertad de elegir que satisface la capacidad de decisión de la voluntad que siempre debe elegir entre los bienes que la presenta la inteligencia y que son limitados, por lo que no puede apetecerlos de un modo necesario (59). De allí que ningún conocimiento determina necesariamente a la voluntad, si ésta está determinada de manera unívoca no es precisamente como consecuencia del conocimiento sino por falta de él -ignorancia- o por alguna perturbación del mismo -por una pasión intensa o porque la imaginación no está expedita- (60). Es decir, el acto intelectual exige naturalmente de libertad psicológica para ejecutarse en forma plena. No se puede querer el bien o la verdad si no se llega libremente a desearlos, sin alteración en el proceso cognoscitivo. Sin libertad psicológica no tiene sentido hablar de valores éticos o del bien común, ya que no habrá acto libre ni acto moral y por ende responsabilidad de quien lo ejecuta (61).

Como consecuencia de la libertad psicológica, se presenta en el plano de la acción política la libertad política como posibilidad de participar con consenso o disenso en la formación de las decisiones gubernamentales (62). Negar a los hombres la posibilidad de participar en las decisiones políticas -salvo por motivos de edad o alteración mental que impidan completar plenamente el acto intelectual-, es negarles en última instancia su capacidad natural de libre elección, su libertad psicológica. Y en definitiva, esa negativa se produce "ab initio", de manera esencial, si se coarta a la comunidad o al "pueblo" -utilizando un término caro a la doctrina política democrática-, la posibilidad de elegir la forma de organización para su convivencia

política. Por ello entendemos que el titular del poder constituyente originario es la comunidad, porque de esa manera se satisface un valor o mejor dicho una serie de valores -libertad psicológica, libertad moral, libertad política-, que satisfacen requerimientos naturales del hombre comenzándose así a realizarse el bien común. Toda doctrina del poder constituyente originario que niegue a la comunidad la titularidad del mismo, estaría negando la natural dirección del poder político hacia el bien común, por desconocer a las personas derechos fundamentales, cuyo reconocimiento -como hemos visto- hacen al contenido del fin del Estado.

V. El poder constituyente originario y la soberanía

La soberanía es una cualidad que se predica del poder político, existiendo opiniones que la asignan específicamente al poder constituyente y al considerar al pueblo como titular del mismo, transitivamente endilgan también a éste la condición de soberano. No abundaremos en la evolución histórica del concepto de soberanía, enunciado originalmente por Bodín, quien lo ligara a la doctrina absolutista. En efecto, entre otras características como la supremacía, perpetuidad, indivisibilidad e imprescriptibilidad, Bodín destacó que el poder soberano es ilimitado, absoluto, en el sentido de que los soberanos no están en modo alguno sujetos al mando de otro, estando "absueltos" del poder de las leyes (63), y ése es el elemento esencial del concepto según este autor, la falta de restricciones legales (64). Dicho carácter absoluto, y también otros como el de indivisibilidad, entró en crisis fundamentalmente con el movimiento del constitucionalismo, por cuanto la Constitución opera como norma suprema y límite jurídico del poder de los gobernantes en el Estado, de allí que algunos acuñaran la expresión soberanía de la Constitución (65). En un intento por mantener la noción de soberanía y conciliarla con el de Constitución, Jellinek atribuye aquella al Estado, precisando como caracteres del concepto a la supremacía y a la dominación. Supremacía en cuanto no hay otro grupo humano entre la población que tenga mayor jerarquía, y dominación en cuanto el Estado debe ser obedecido por toda la población -en realidad lo que se obedece es su

poder-. Pero agrega como tercera nota fundamental, la autolimitación del poder del Estado por el derecho, en el sentido de que está limitado por la Constitución (66).

Por lo visto, el concepto de soberanía como poder del Estado se desarrolló al amparo del absolutismo, si bien luego fue aprovechado por autores de la doctrina "democrática" -v. gr.: Rousseau y su concepto de soberanía del pueblo-, de allí que la Constitución resultara un obstáculo para su carácter ilimitado. En su intento conciliador, Jellinek habla de soberanía "del" Estado y no de soberanía "en" el Estado. Ahora bien, cuando asigna las notas de supremacía y dominación entendemos que bien puede interpretarse que el que es supremo y dominante es el poder político estatal, en tanto dentro del territorio del Estado, la población del mismo debe obedecerlo porque no existe otro superior y se impone a todos. Pero cuando añade la nota de la autolimitación por la Constitución, consideramos que se está refiriendo al poder constituyente y específicamente al poder constituyente originario en cuanto éste es superior al poder constituyente derivado, ya que no cabe otro sentido si habla del poder de dictar una Constitución. Y según hemos concluido en el capítulo II de este trabajo, el poder constituyente originario no es poder político estatal, sino poder político no estatal. Es así que si el poder constituyente originario, como es evidente, se ubica en un nivel superior a los poderes constituidos -considerando como tal también al poder constituyente derivado-, y si el concepto de soberanía está íntimamente ligado al de supremacía, parecería razonable que debiera señalarse como soberano al poder constituyente originario y no a los poderes constituidos, que sí son poder político estatal. Esta idea se corresponde con lo expresado por Burdeau, quien entiende que el soberano crea el orden constitucional, está por encima de él y por ello no está ligado al mismo ni nada le debe. En suma para el autor francés el rasgo esencial de la soberanía es la posesión del poder constitucional (67). Esta opinión se compadece con la de Heller, en cuanto manifiesta -según cita de Linares Quintana- que es soberana la comunidad humana que ha logrado organizar sin intervención de ninguna otra fuerza o poder humano una instancia decisoria que fija

un ordenamiento de preceptos que usualmente se llama Constitución (68).

En una postura contraria se ubica Bidart Campos, para quien poder constituyente y soberanía son conceptos que nada tienen que ver entre sí. Según el constitucionalista argentino, el pueblo no "tiene" la soberanía, sino solamente el poder constituyente como competencia para estructurar el Estado y "una vez que ese poder constituye al Estado aparece el poder político constituido que es susceptible de cualificarse como soberano cuando no deriva la validez del ordenamiento estatal de otra instancia positiva superior (69). Como se aprecia, es de su opinión la localización de la soberanía como cualidad del poder constituido y por ende del poder político estatal. No encontramos dificultad en considerar a la soberanía como una cualidad del poder y no de quien lo ejerce. En esto la doctrina, tanto de la ciencia política como la del derecho constitucional coincide. Además de los autores citados, podemos agregar a Legón quien entiende que la soberanía no es sino una cualidad del poder y no pertenece propiamente a nadie y al igual que Bidart Campos considera que caracteriza al poder del Estado una vez constituido (70). También Fayt interpreta que la soberanía cualifica al poder, siendo soberano aquél que dentro del ámbito de su actividad no se encuentra subordinado a ningún otro, siendo el más elevado (71). En definitiva, sólo por un efecto transitivo impropio puede considerarse soberano al titular del poder político, ya sea el pueblo o quien efectivamente lo detente. La soberanía es una cualidad del poder político, y ya Bodín había delineado rasgos de la soberanía como algo que se adjetiva al poder, él habla de potestad soberana al definir que "República es un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común con potestad soberana"(72). Fue el interés ideológico de la doctrina lo que llevó con posterioridad a Bodín, se bien él también tenía una posición tomada en favor del absolutismo monárquico, a desviar el meollo del concepto, centrándolo en la titularidad del poder soberano y por añadidura de la soberanía, en lugar de fijar los elementos y caracteres que hacen que un poder sea soberano (73).

Resuelto que la soberanía es una cualidad del poder político, se mantiene el interrogante acerca de si es una característica del poder constituyente originario o del poder constituido y como tal del poder político estatal. Lo determinante del poder soberano es el hecho de no estar subordinado a ningún otro poder, es supremo en el sentido que es el más elevado, está "supra-ordenado" respecto de todos los demás. De ello derivan dos consecuencias: 1) en el ámbito interno del Estado en el que se ejerce el poder soberano, este es el poder más alto, no existiendo otro superior, y dentro del territorio del Estado debe ser obedecido por toda la población; 2) fuera del territorio del Estado no obedece a nadie, es decir que no está sujeto a ningún otro poder, aunque en realidad como dice Bidart Campos, en el ámbito exterior resulta más apropiado hablar de independencia y no de soberanía (74). Con lo expuesto resulta descartado el carácter soberano de los poderes, tanto constituyente como constituidos de los Estados provinciales o miembros de un Estado federal, ya que la potestad que tienen los mismo para dictar sus propias normas -entre ellas la Constitución- está subordinada al cumplimiento de ciertas reglas establecidas en la Constitución federal (conf. art. 5º, Constitución Nacional), existiendo además una escala jerárquica según la cual el bloque de normas federales se halla por encima de las Constituciones provinciales (conf. art. 31, Constitución Nacional) (75). Lo expresado nos indica que no cualquier poder constituyente originario o cualquier poder constituido es susceptible de ser soberano, ya que ambos ejercidos en el ámbito provincial o estadual revestirán el carácter de autónomos pero no de soberanos. Sólo respecto de los Estados independientes se puede decir que el poder es soberano, es más, un Estado es independiente porque su poder es soberano. Pero seguimos sin resolver acerca del poder del cual hablamos. La definición de soberanía que brinda Bidart Campos dice: "la soberanía es la cualidad de aquel poder que para organizarse jurídicamente no reconoce dentro del ámbito de relaciones que rige otro poder superior de cuya normación positiva derive lógicamente su propia validez normativa"(76). Este concepto se compadece con lo que el mismo autor manifiesta en cuanto a que una vez que se constituye el poder del Estado es susceptible de calificarse como soberano cuando no

deriva la validez del orden estatal de otra instancia positiva superior (77). En ambas ocasiones se está haciendo mención del poder político estatal, del poder constituido, que deriva su validez normativa -vale decir, la validez de las normas por él emitidas-, de la propia Constitución y no de otro superior a ésta, -dejamos de lado aquí el tema del derecho comunitario y del derecho internacional de los derechos humanos que en verdad conmocionan los cánones tradicionales de la soberanía-. Como dijéramos, para Jellinek es soberano el Estado - en realidad lo es su poder-, que internamente es obedecido por todos, que externamente no obedece a nadie y además se autolimita por el derecho, es decir por la Constitución (78). También aquí los tres rasgos enunciados responden a los caracteres del poder constituido, porque es obedecido por encima de los demás poderes que puedan ejercerse en el interior del Estado, externamente no está sometido a ningún otro si no es con su anuencia, de allí que sea el poder político de un Estado independiente, y está limitado por la Constitución, ya que es la Constitución la que lo crea o da origen. Concluimos en que dentro del orden constitucional, el poder constituido, el poder político del Estado independiente, es soberano, puesto que para ser obedecido en el ámbito interno y para establecer vínculos con otros Estados independientes en el ámbito externo, no reconoce otra instancia superior a la propia Constitución. Sin embargo, esta misma conclusión nos conduce a otra, si el poder constituido del Estado es soberano porque es el supremo dentro del orden constitucional propio, necesariamente es inferior y por ende subordinado al poder constituyente -que como expresáramos en el capítulo II sólo puede considerarse propiamente como tal al poder constituyente originario-. Por lo tanto, si excluimos la tercera nota distintiva de Jellinek -la autolimitación por el derecho-, estrictamente el poder soberano es el poder constituyente originario, ya que internamente el poder constituido estatal le debe obediencia y externamente no reconoce una instancia superior de la cual derive su potestad de constituir al Estado, como sí la reconocen los poderes constituyentes de las provincias en la Constitución Nacional.

La solución a la que arribamos puede ser considerada ecléctica,

pero entendemos que es la que contempla de una manera global los conceptos de soberanía, poder constituyente y poder constituido. Es más, al atribuir el carácter de soberano al poder constituyente, no pretendemos volver a un concepto de soberanía que conlleve los caracteres de ilimitación, como podría suponerse al no estar el poder constituyente originario acotado por el orden constitucional. No hay ilimitación porque no es ese un rasgo característico de la soberanía, en realidad lo esencial en el concepto de soberanía es la supremacía, la falta de reconocimiento de una instancia superior de poder. Y si, como manifestáramos, el poder político se ubica por encima de los demás poderes en cuanto es globalizador y amalgama la cohabitación de aquellos dentro de un determinado territorio, entre los poderes políticos es el poder constituyente originario el que se ubica en la cúspide de las instancias de decisión. Sin embargo, supremo no significa ilimitado como intentáramos razonar seguidamente.

VI. Los límites del poder constituyente originario

La caracterización que hasta hemos delineado del poder constituyente originario, en cuanto a que el mismo se hace presente, se ejerce o actúa "ab initio", es decir al constituirse por primera vez un Estado o al modificarse el ordenamiento vigente por vías no contempladas en el mismo, nos induce a considerarlo como una potestad sin limitación al menos de tipo jurídico positivo, ya que se ubica por sobre la Constitución que crea por vez primera o que modifica por una metodología no prevista en ella. Así dice Linares Quintana que "el poder constituyente originario es jurídicamente ilimitado en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de carácter positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que considere más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes"(79). También Bidart Campos entiende al poder constituyente originario como incondicionado por instancias positivas, pudiendo asignar cualquier contenido a la estructura constitucional

que elabora (80).

Es ausencia de valladares jurídicos se encuentra implícita en conceptos tales como la soberanía del pueblo, con el que se suele significar que la comunidad es completamente libre a la hora de decidir cómo organizar la relación de mando y obediencia. Así el pueblo, cuya titularidad del poder constituyente hemos intentado fundamentar en el capítulo IV, tendría plenos poderes para erigir una organización en la cual los detentadores del poder político estatal accedan al mismo por elección popular, herencia o por un hecho militar -la Constitución podría contener una cláusula que contemple la posibilidad de que el jefe militar triunfante presida el Poder Ejecutivo-. En cuanto al ejercicio de ese poder, también podría reglar que esté concentrado en un solo detentador o distribuido en las tres funciones clásicas. Y respecto del control de dicho ejercicio, asumiendo a rajatabla dicha "soberanía del pueblo", éste podría concebir un diseño constitucional con o sin control alguno, o establecer que en ciertas situaciones de emergencia los gobernantes tendrían facultades extraordinarias o la suma de poder público -recordemos los dos gobiernos de Rosas que dieron origen histórico al art. 29 de la Constitución Nacional.

Sin embargo es frecuente, en la doctrina, la opinión en el sentido de que la ausencia de ligamen jurídico positivo en el poder constituyente originario no importa la falta total de límites del mismo. Bidart Campos entiende que siempre estará el límite del derecho natural o la justicia que imponen criterios de valores que la voluntad no puede atropellar válidamente, enumerando entre esas pauta valiosas la dignidad de la persona humana, los derechos individuales, la llamada justicia social, la libertad (81). Coincide con ello Linares Quintana quien considera que toda comunidad política al ejercer el poder constituyente originario está naturalmente constreñida a respetar ciertos valores absolutos, como la libertad, la dignidad del hombre, la justicia (82). Bidart Campos señala asimismo otros tipos de límites. Así añade el ambiente social e histórico de la comunidad para la cual se adopta una Constitución, ya que de lo contrario se confeccionaría una

estructura que luego no tendrá vigencia en la realidad (83). Y con posterioridad, la más reciente dinámica del derecho internacional ha originado que los Estados asuman compromisos internacionalmente mediante tratados, cuyo incumplimiento les generaría responsabilidad, aun cuando invocaren la propia Constitución -derecho interno-, para justificar la omisión de la conducta obligada por el convenio. En este caso se trataría de un límite jurídico positivo, del derecho internacional positivo que opera en forma heterónoma o externa respecto del poder constituyente, pero la limitación no proviene de una instancia superior sino colateral y si la propia Constitución consagrara la primacía del derecho internacional, ello sería decisión del poder constituyente, el que no dejaría de ser libre al momento de adoptar esa solución (84).

Haciendo un examen de estos tres tipos de límites, el correspondiente a la realidad social e histórica no lo apreciamos estrictamente como un límite que el titular del poder constituyente originario deba necesariamente obedecer. Aparece más como una regla de efectividad ya que la consecuencia de su falta de observancia acarrearía el fracaso de la Constitución en su vigencia pero no en su validez. Así ocurrió con las Constituciones de 1819 y 1826 en nuestro país. Es por ello que entendemos que se trata de un condicionamiento con miras a la vigencia de la Constitución a dictarse, más que un auténtico límite al poder constituyente originario. Es más, podría argumentarse que la consideración de la realidad histórico-social por el constituyente es un deber de justicia o de prudencia política, puesto que este último valor -en verdad es una especie del género prudencia moral-, es una cualidad específica del intelecto práctico que juzga sobre la oportunidad de la acción a cumplir, como sobre los medios a emplear para poder realizar los demás valores en una circunstancia determinada (85), por lo que se impone necesariamente la consideración de la realidad sobre la cual se va a actuar. Por lo tanto en última instancia estaríamos siempre en presencia de un límite de tipo axiológico como el derecho natural y no de carácter sociológico o histórico. En cuanto al derecho internacional como límite heterónomo, al decir de Bidart Campos, coincidimos con dicha caracterización, pero como un límite a la Constitución y no al poder

constituyente originario, ya que es el titular de éste quien al ejercerlo decide en qué peldaño de la pirámide jurídica se ubicará el mismo respecto de la Constitución.

Sí nos parece relevante como límite al poder constituyente originario, el brindado por los valores, el elemento axiológico. En primer lugar, el carácter limitado del poder constituyente originario está dado por su propia naturaleza de ser un medio para la consecución del bien común político, según expresáramos en el capítulo III. Ello implica que nace para un determinado cometido, carece de una finalidad abierta a cualquier contenido y que pueda ser configurada antojadizamente por su titular. El titular del poder constituyente originario, que como hemos visto es el pueblo, no es libre al ejercer el poder constituyente originario para producir el resultado de dicho ejercicio, esto es la Constitución. Es un lugar común manifestar que el pueblo o la asamblea constituyente es "soberano", con lo que se quiere significar que carece de ataduras para consagrar la estructura y forma constitucionales que considere más convenientes. Sin embargo, en principio existe una razón de orden lógico, consecuencia de los motivos de carácter axiológico. Si el titular del poder constituyente originario es el pueblo dado que debe respetarse la libertad psicológica de cada individuo, que como capacidad de autodeterminación se concreta en libertad política a la hora de organizar el poder político, aparece como contradictorio que ese mismo pueblo en ejercicio de "dicha libertad psicológica", se niegue de allí en más para siempre ese mismo ejercicio. No sería lógico que el pueblo suprimiera el fundamento por el cual es titular del poder constituyente originario. Ello ocurriría si se decidiera establecer un sistema político según el cual los gobernantes acceden a los cargos del gobierno sin atender al menos a un mínimo de expresión de la voluntad de la comunidad, es decir, sin un mínimo de participación de los gobernados en las decisiones del gobierno, sin un mínimo de libertad política.

A despecho de lo expresado, podría argumentarse que la decisión de cercenar la libertad política y con ello también la

psicológica al menos en ese aspecto, puede ser el resultado de la voluntad unánime del pueblo, no ya de la mayoría. Aun así se trataría de una consecuencia ilógica del ejercicio del poder constituyente originario, ya que se estaría negando el fundamento por el cual esa población en forma unánime está tomando dicha decisión. Pero lo cierto es que hay más que una mera razón de lógica o de congruencia en la imposibilidad de que el pueblo niegue o suprima la libertad psicológica y política de las personas que lo forman. En el fondo, y como creemos haberlo explicado en el capítulo III, el poder político en general y el poder constituyente originario, que representa su máxima instancia de decisión, en especial, se presenta "ab initio" limitado por los derechos humanos, los cuales como también dijimos, son los "créditos" de las personas respecto de los valores que componen el contenido del bien común. De allí que toda constitución deba contener un reconocimiento de los derechos humanos fundamentales y tal límite no puede ser avasallado por el titular del poder constituyente originario, esto es por el pueblo. Coincidimos con Loewenstein, cuando en términos similares, asevera que los derechos fundamentales son "inalienables", no sólo para los detentadores del poder sino también para el electorado (86). Con lo dicho queremos significar que los derechos humanos operan como límite infranqueable para el ejercicio del poder constituyente originario por parte de su titular natural, que es el pueblo, porque esa titularidad la ostenta en virtud de los derechos humanos inherentes titularizados por sus miembros. Esto explica por qué la Constitución reconoce pero no crea los derechos de la persona humana.

En cuanto a la estructura de gobierno que contemple la Constitución, esto es la parte orgánica de la misma, resulta claro que no existe una forma de gobierno predeterminada que deba respetarse, y en esto sí la decisión a tomar en el ejercicio del poder constituyente originario es más libre. Pero también es cierto que una organización del poder, en la cual éste no se encuentre mínimamente distribuido y controlado en su ejercicio, y en la cual no se garantice algún modo de participación de la población en la toma de las decisiones por parte de los gobernantes -así lo consagra el art. 21, Declaración Universal de

los Derechos del Hombre de la O.N.U., no sería respetuosa del límite axiológico de los derechos fundamentales. Es por eso que si bien no hay una forma de gobierno predeterminada a observar por el constituyente originario, pudiéndose optar entre distintas variantes en cuya elección habrá que tomar muy en cuenta elementos contingentes como la realidad histórica, sociocultural y política de la sociedad en cuestión, el abanico de opciones no es completamente abierto, sino que el mismo se encuentra enmarcado dentro de los límites que le impone el reconocimiento de los derechos humanos.

VII. La democracia como forma de Estado y el pueblo como titular del poder constituyente originario

Las características de un poder constituyente originario limitado -y consecuentemente y con mayor razón de los poderes constituidos, incluyendo entre ellos al poder constituyente derivado-, nos presenta a su titular, el pueblo, no ya como el hacedor sin traba alguna del sistema político que haya escogido para reglar la relación de poder entre gobernantes y gobernados, sino como titular de la potestad de organizar dicha relación de mando y obediencia, debiendo respetar ciertos requisitos. De la misma manera por la cual el poder constituyente provincial debe observar el sistema representativo y republicano de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional -conforme el art. 5º de ésta-, así el pueblo por imperio de la propia naturaleza del poder constituyente originario, está obligado a organizar su convivencia política con base en el respeto de los derechos fundamentales y en la distribución y control del poder político estatal. Una observación superficial de la cuestión, podría conducir a una idea de democracia restringida, en cuanto el poder del pueblo se hallaría limitado en su decisión de otorgarse un régimen político, beneficiándose con estas limitaciones fundamentalmente a las minorías políticas, por cuanto los gobernantes aun en el improbable caso de contar con el voto unánime de la población, están obligados a respetar los derechos humanos de las personas, y a ejercer su poder en forma distribuida y controlada, lo que de por sí coadyuvará a crear una minoría u opción donde ésta no exista. Con razón dice Loewenstein

que la democracia es más que el simple dominio de una mayoría alcanzada por elecciones libres y honestas, sino que la verdadera democracia es al mismo tiempo protección de las minorías que defienden opiniones políticas impopulares (87).

En verdad, la concepción de un poder constituyente limitado se compadece, con la de democracia como estilo de vida y no con la de democracia como forma de gobierno, si bien no implica que desconozca a esta última. Esta dicotomía de la democracia como estilo de vida -Bidart Campos habla de forma de Estado- y como forma de gobierno, está presente en la doctrina en términos bastante coincidentes. Tucídides en su "Historia de la guerra del Peloponeso", pone en boca de Pericles esa distinción en cuanto la democracia no sólo importaba un procedimiento para adoptar decisiones con participación popular -forma de gobierno o contenido formal-, sino también un modo de convivencia dentro del grupo con las actitudes y comportamientos adecuados por parte de sus integrantes (88). Es a la primera acepción, la forma de gobierno, a la que generalmente se refirió la filosofía política, indicando como nota característica la participación popular en las decisiones gubernamentales, fundamentalmente en la elección de los gobernantes (89). Montesquieu, en "El espíritu de las leyes", vuelve a enfatizar el aspecto sustancial de la democracia. La caracteriza como forma de gobierno en cuanto república en la que el soberano reside en el pueblo (90). Pero también precisa que su principio es la virtud, por el cual el individuo hace un sacrificio continuo de sí mismo, de su indisciplina, de su avidez, de todos sus apetitos en favor del interés público, porque si el gobierno del mayor número funciona mal, la causa no puede estar más que en la corrupción del carácter de ese mayor número (91). Se puede apreciar así, que para Montesquieu, la democracia como estilo de vida, venía a operar como un reaseguro o garantía respecto de los defectos de la democracia como forma de gobierno. La democracia como forma de gobierno es caracterizada como el gobierno del pueblo. Sin embargo, puesto que el pueblo no puede autogobernarse ya que de esa manera se desconocería la relación de mando y obediencia y los dos términos de ella, la forma de gobierno democrática se erige sobre la

soberanía del pueblo y la representación política, en cuanto ya que el pueblo no puede autogobernarse, al menos es el titular originario del poder soberano y los gobernantes sus representantes. Esto tampoco es exactamente así. Si es cierto que el pueblo es el titular del poder constituyente originario, al cual desde determinada perspectiva podemos considerarlo soberano como hemos explicado en el capítulo V, ello lo faculta a organizar la relación de poder mediante una Constitución, pero no convierte a los gobernantes en sus representantes, sino que solamente garantiza un mínimo de participación popular en las decisiones de éstos (92). Si bien la democracia como forma de gobierno es un procedimiento o un mecanismo para adoptar decisiones políticas, basado en el respeto de la elección de la mayoría (93), ello no significa que tenga el mismo valor que cualquier otro método de adopción de tales decisiones, como por ejemplo un sistema autocrático en el cual el decisor es una persona o un grupo reducido, en definitiva una minoría en lugar de la mayoría. Quintas dice que el principio de la mayoría numérica no puede ser un criterio axiológico objetivo y que su justificación en realidad consiste en ser un procedimiento técnico útil para gobernar y realizar el bien común (94). Compartimos que el principio de la mayoría no sea un valor objetivo en cuanto se baste a sí mismo, por cuanto ello implicaría aceptar la voluntad de la mayoría cualquiera ella sea, sin límite alguno. Y si el poder constituyente originario es limitado, como hemos dicho, también el pueblo y en consecuencia la voluntad mayoritaria, tiene límites que deben respetarse. Sin embargo no consideramos que la única justificación del principio mayoritario sea la utilidad. Este principio que caracteriza a la democracia como forma de gobierno, en realidad se apoya y deriva su valor en los derechos humanos. Habíamos expresado que los derechos son un límite objetivo axiológico, para el poder constituyente originario y su titular porque el contenido del bien común consiste en el reconocimiento de los mismos. La libertad psicológica -y por ende el derecho a la misma-, es el fundamento de la libertad política, en función de la cual se justifica la participación del pueblo en las decisiones políticas, por ello éste es el titular del poder constituyente originario, según lo razonado en el capítulo IV.

Ahora bien, ¿cómo deben participar a los seres humanos que conforman el pueblo en las decisiones políticas? Esto es, ¿es justo que lo hagan en forma igual, que todos tengan el mismo derecho a participar, o es deseable que algunos participen con ciertos privilegios, que su opinión valga más que la de otros? La libertad psicológica nos conduce a la igualdad, que es un valor moral social implicado en la justicia (95), ya que si todas las personas tienen naturalmente la capacidad de elegir libremente -y en eso consiste básicamente el contenido de la libertad psicológica-, no se alcanza a concebir la razón por la que la elección que hacen algunos deba valer más que la de otros, cuando no se trata de opiniones técnicas, sino de elegir acerca del sistema organizativo de la convivencia política que involucra a todos como hombres y no como profesionales o expertos en alguna materia. Justamente la restricción de los derechos políticos a los menores y discapacitados mentales, que importa una desigualdad, tiene su motivo en la carencia de maduración suficiente o en la perturbación del raciocinio que no les permite ejercer su libertad psicológica en condiciones apropiadas. La igualdad deriva de la libertad, ya que si a todos los hombres por naturaleza debe reconocérseles el mismo "status" de libertad personal, todos tienen y comparten el mismo "status", todos son iguales (96). El valor de la igualdad y el derecho al mismo es el fundamento del mismo valor que debe otorgársele a las opciones de los integrantes del pueblo, del electorado, cuando participan de las decisiones políticas. De allí que el principio de la mayoría no sea un mero procedimiento útil, es además un procedimiento justo, en cuanto al reconocerse el derecho a la igualdad se está dando a cada uno lo suyo, según la célebre definición de Ulpiano, lo que significa realizar el desarrollo de la persona humana de los demás y de uno mismo (97).

Esto no significa que la mayoría no se equivoque. La mayoría se puede equivocar, pero igualmente debe respetarse su decisión puesto que ésa es la solución justa. Negarle a la mayoría el derecho a equivocarse, sería como desconocerle a una persona adulta, en uso de sus facultades, el derecho a tomar una decisión que haga a su vida personal y que otro decida por ella a fin de que no escoja

erróneamente. Dicho acto es en sí injusto, por cuanto niega el respeto por la libertad psicológica y la autonomía de la persona, en suma se niega la propia dignidad de la persona (98). Claro está que la decisión de la mayoría, así como la que fuere expresión de la voluntad unánime del pueblo, importa poder y como tal es limitado por los derechos fundamentales, dado lo razonado más arriba. Y es más, a fin de que la decisión a tomar sea lo más racional posible, ya que como acto intelectual que es debe tender a ello, no sólo se requiere igualdad de participación de la población, sino también que las personas tengan libertad e igualdad en el acceso a la información de las distintas opciones a escoger, ya que se estaría escamoteando la libertad psicológica de los miembros de la comunidad al no presentárseles con la misma intensidad o con ciertas coacciones las diversas propuestas que su inteligencia debe mostrar a su voluntad como buenas y por consiguiente deseables (99).

Lo contrario importaría condicionar o falsear la voluntad de la población mediante un clima tendente a entorpecer la racionalidad del acto voluntario, que es lo que ocurre siempre que no se garantiza un procedimiento de participación popular transparente y con igualdad de oportunidades para todos los postulantes.

A la luz de lo reflexionado precedentemente, podemos concluir en una aseveración simplificadora, pero no por ello menos cierta. La democracia, como forma de gobierno se encuentra implicada en la democracia como forma de Estado, o mejor dicho ésta es el fundamento axiológico de aquélla. La democracia como forma de Estado, al decir de Bidart Campos es aquella "que orientada al bien común, respeta los derechos de la persona humana, de las personas morales e instituciones y realiza la convivencia pacífica de todos en la libertad dentro del ordenamiento de derecho divino y de derecho natural"(100). En la misma dirección se ubica Mario J. López, quien interpreta que el constitucionalismo impregna de contenido a la democracia como procedimiento, importando la democracia constitucional un estilo de vida caracterizado por el pluralismo, la racionalidad, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la

limitación del poder político (101). En definitiva, la democracia como forma de Estado es aquella en la cual la relación de poder se estructura y organiza sobre la base del reconocimiento de los derechos humanos de los miembros de la población y el consiguiente control de los actos de los gobernantes y responsabilidad de éstos por los mismos. Y para ello, el propio poder constituyente originario que "constituye" y "diseña" esa relación de poder, se haya limitado axiológicamente en su ejercicio por el reconocimiento de los derechos humanos. Concluimos así en que la democracia como forma de Estado o estilo de vida asegura de por sí la vigencia de la democracia como forma de gobierno, en cuanto ésta importa consagrar la participación del pueblo en las decisiones políticas en alguna medida y en condiciones de igualdad, reconociendo así el principio de la opinión mayoritaria. Pero no debe olvidarse que la democracia como forma de gobierno no garantiza por sí sola a la democracia como forma de Estado, de allí la necesidad de privilegiar a ésta, lo que importa la limitación del poder de la mayoría por el respeto a los derechos de las minorías, lo que no es más que una aplicación del principio general de que todo poder político -constituyente o constituido- nace "naturalmente" limitado por el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana, contenido básico del bien común político.

Bibliografía

- (1) BIDART CAMPOS, Germán José, "Derecho Político", p. 374, Ed. Aguilar.
- (2) LOPEZ, Mario Justo, "Introducción a los Estudios Políticos", v. II, ps. 148/158, Ed. Depalma.
- (3) BIDART CAMPOS, op. cit., ps. 392/393.
- (4) LOPEZ, op. cit., ídem ps. 158/163.
- (5) LOEWENSTEIN, "Karl, Teoría de la Constitución", p. 33, Ed. Ariel.
- (6) LOPEZ, op. cit., v. I, ps. 39/40.
- (7) Ver en LOPEZ, op. cit., v. I, p. 32.
- (8) LOPEZ, op. cit., v. I, ps. 33/34.

- (9) LOPEZ, op. cit., v. I, ps. 41 y 344.
- (10) Ver LOPEZ, op. cit., v. II, ps. 277/279.
- (11) BIDART CAMPOS, op. cit., p. 522.
- (12) Ver en LINARES QUINTANA, Segundo V., "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", T. II, ps. 443/444, Ed. Abeledo-Perrot.
- (13) LOPEZ, Mario Justo, "Manual de Derecho Político", p. 283, Ed. Kapelusz.
- (14) LINARES QUINTANA, op. cit., T. II, p. 447 y BURDEAU, Georges, "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", p. 79, Ed, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.
- (15) BURDEAU, op. cit., ídem.
- (16) BURDEAU, op. cit., p. 80.
- (17) BIDART CAMPOS, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. I, p. 189, Ed. Ediar.
- (18) BURDEAU, op. cit., p. 79 "in fine" /80.
- (19) Conf. cita de Sánchez Agesta en LINARES QUINTANA, op. cit., T. II, ps. 442/443 y 446/447.
- (20) BIDART CAMPOS, "Tratado de Derecho Constitucional", T. I, ps. 493/494.
- (21) LINARES QUINTANA, op. cit., T. II, ps. 446/447.
- (22) LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, ps. 346/347.
- (23) Conf. LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, ps. 346/347.
- (24) LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, p. 347 y BURDEAU, op. cit., p. 15.
- (25) HELLER, Hermann, "Teoría del Estado", ps. 272/273, Ed. Fondo de Cultura Económica.
- (26) HELLER, op. cit., p. 273.
- (27) HELLER, op. cit., p. 273.
- (28) LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", T. I, p. 41.
- (29) Ver QUINTAS, Avelino Manuel, "Episteme e política", ps. 13/14, Giuffré Editore, 1987.
- (30) Ver QUINTAS, op. cit., ps. 13/23.
- (31) QUINTAS, op. cit., p. 24.

- (32) QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", ps. 76/79, 2ª ed., Ed. Bulzoni, Roma, 1988.
- (33) QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", ps. 116/129.
- (34) QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", ps. 51/55.
- (35) QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", p. 156.
- (36) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 302, pto. 3.
- (37) Ver QUINTAS, "Episteme e política", p. 24.
- (38) Ver nuestro artículo: "Derechos humanos y bien común: un tema de filosofía política en el fondo de un fallo judicial", en ED del 19 de julio de 1991, p. 3.
- (39) Ver QUINTAS, "Episteme e política", p. 25.
- (40) QUINTAS, "Episteme e política", ídem.
- (41) QUINTAS, "Episteme e política", ps. 25/26.
- (42) QUINTAS, "Episteme e política", ps. 5/6.
- (43) Ver LOEWENSTEIN, op. cit., p. 29.
- (44) Ver LOEWENSTEIN, op. cit., p. 28.
- (45) LOEWENSTEIN, op. cit., p. 63.
- (46) Ver BIDART CAMPOS, "Derecho Político" ps. 497/499.
- (47) Ver BIDART CAMPOS, "Tratado de Derecho Constitucional, t. II, p. 698.
- (48) Ver LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, p. 323.
- (49) BIDART CAMPOS, Tratado de Derecho Constitucional, T. I, p. 190.
- (50) BURDEAU, op. cit., p. 80.
- (51) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 521.
- (52) LINARES QUINTANA, op. cit., V. II, p. 457.
- (53) HELLER, op. cit., p. 307/308.
- (54) Ver en PRELOT, Marcel, "Historia de las Ideas Políticas", p. 501, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1971.
- (55) QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", p. 101.
- (56) QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", p. 182.
- (57) Ver capítulo III, nota N° 32.
- (58) Ver en QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", ps. 82/85 y en MILLAN PUELLES, Antonio, "Fundamentos de Filosofía", ps. 357/376. Ed. Rialp. S.A.

- (59) MILLAN PUELLES, op. cit., ps. 384/385 y QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", p. 85.
- (60) Ver MILLAN PUELLES, p. 385.
- (61) Ver QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", ps. 84/85.
- (62) Ver QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", ps. 86/87, nota 27.
- (63) Ver en CHEVALLIER, Jean Jacques, "Los grandes textos políticos", Ed. Aguilar, 7ma. ed. 1981, pág. 41.
- (64) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, ps. 350.
- (65) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", ídem, p. 353, pto. b.
- (66) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", ídem, ps. 354/355, pto. b.
- (67) BURDEAU, op. cit., p. 29.
- (68) LINARES QUINTANA, op. cit., V. I, p. 144.
- (69) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 523/524.
- (70) Ver cita de LINARES QUINTANA, op. cit., V. I, p. 45.
- (71) Ver también cita en LINARES QUINTANA, op. cit., ídem, íd.
- (72) Ver en CHEVALLIER, op. cit., p. 40.
- (73) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, ps. 351/352.
- (74) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", ps. 358/359 y LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, p. 354.
- (75) BIDART CAMPOS, "Tratado de Derecho Constitucional", T. I, p. 242.
- (76) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 360.
- (77) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 524.
- (78) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. I, p. 354.
- (79) LINARES QUINTANA, op. cit., V. II, p. 448.
- (80) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 524.
- (81) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 524.
- (82) BIDART CAMPOS, op. cit., V. II, p. 449.
- (83) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 524.

- (84) BIDART CAMPOS, "Tratado de Derecho Constitucional", V. I, ps. 190/191.
- (85) Ver en QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", ps. 125/126.
- (86) LOEWENSTEIN, op. cit., p. 390.
- (87) LOEWENSTEIN, op. cit., p. 407.
- (88) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. II, p. 148, pto. b.
- (89) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. II, ps. 149/150.
- (90) Ver en CHEVALLIER, op. cit., p. 111.
- (91) Ver en CHEVALLIER, op. cit., ps. 112/113.
- (92) Ver el desarrollo de la crítica a la democracia como forma de gobierno en BIDART CAMPOS, "Derecho Político", ps. 381/387.
- (93) Ver en LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. II, p. 160, pto. c.
- (94) QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", p. 274.
- (95) Ver en QUINTANA, "Análisis del Bene Comune", ps. 213/214.
- (96) Ver en BIDART CAMPOS, "Teoría General de los Derechos Humanos", ps. 185/186, Ed. Astrea, 1ª edición.
- (97) Ver en QUINTAS, "Análisis del Bene Comune", p. 213.
- (98) Desde una corriente filosófica distinta, NINO, Carlos S., coincide en el valor de la autonomía y dignidad de la persona. Ver en su obra "Ética y derechos humanos", Ed. Astrea, 2ª ed., capítulos V y VII.
- (99) Recordemos aquí las características de la libertad psicológica, según QUINTAS, "Análisis del Bene Comune, ps. 83/90.
- (100) BIDART CAMPOS, "Derecho Político", p. 393.
- (101) LOPEZ, "Introducción a los Estudios Políticos", V. II, ps. 158/163.

Acerca de la relación entre las funciones de los partidos políticos y la distribución de los fondos estatales a los mismos

Por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: Revista Jurídica de la UCES N° 1 (primavera verano de 1999), p. 172-182.

[Consultado el: 15-01-2021]

Sumario:

- 1) Introducción.-
- 2) Estado, grupos intermedios y partidos políticos.-
- 3) Las funciones de los partidos políticos en el sistema democrático.-
- 4) Relación entre los fines y las funciones de los partidos políticos y la distribución de los fondos estatales a los mismos.-
- 5) Conclusiones

1) Introducción

El tema de este artículo consiste en indagar cuál ha de ser la pauta que debe guiar la distribución de los fondos que el Estado aporta a los partidos políticos para las campañas electorales. La postura que aquí se sostiene seguramente ha de ser minoritaria, ya que en la misma se cuestiona la orientación dominante y vigente en la legislación que hace depender la mencionada distribución del caudal de votos que obtienen los partidos en los actos electorales, es decir que el principio considerado es el de la “representatividad” de los partidos políticos. Según el mismo, el partido que obtiene mayor caudal de votos tiene derecho a recibir un mayor aporte dinerario por parte del Estado, por lo que se consagra una relación directamente proporcional entre el número de votos y la cantidad de dinero aportado a través del Estado.

El criterio de la “representatividad” que referimos se halla plasmado en la ley 23.298 que en su artículo 46, 4to, párrafo dispone: “Al tiempo de iniciarse una campaña para elecciones nacionales, los partidos reconocidos percibirán cincuenta centavos de austral, por cada voto obtenido en la última elección. Del monto que corresponda, se distribuirá directamente el ochenta por ciento (80%) a los organismos partidarios de distrito y el veinte por ciento (20%) restante a los nacionales”. Es decir que en el caso concreto de tener que solventar los gastos de campaña, se toma en cuenta el número de votos obtenidos en la última elección, lo cual refleja el grado de “representatividad” del partido respecto del conjunto de la sociedad con mayor cercanía en el tiempo. Ahora bien el citado artículo 46 comienza con el siguiente párrafo: “Créase el Fondo Partidario Permanente con la finalidad de proveer a los partidos reconocidos de los medios económicos que contribuyan a facilitarles el cumplimiento de sus funciones institucionales. La ley de presupuesto general de la Administración nacional determinará, con carácter permanente, la afectación de los recursos necesarios bajo el rubro Fondo Partidario Permanente”. Queda explicitado en la norma el objetivo de la creación del referido fondo, esto es facilitar que los partidos políticos puedan cumplir con sus funciones institucionales. Es por ello que entendemos, como se refleja en el título de esta ponencia, que debe existir una íntima relación entre las referidas funciones de los partidos y la distribución de los Fondos económicos entre ellos. Y en virtud de dicha relación es que consideramos que el criterio de “representatividad” sucintamente explicado más arriba y que se consagra en el tercer párrafo del mentado artículo 46 no resulta adecuado a los efectos de dicha distribución. Esta idea es la que intentaremos desarrollar en los capítulos que siguen.

2) Estado, grupos intermedios y partidos políticos

Creemos necesario efectuar una comparación entre estado, grupos intermedios y partidos políticos para poder señalar de manera más comprensible la función que les cabe a estos últimos dentro del Estado. Al respecto comenzaremos por señalar, adhiriendo al enfoque

clásico de la realidad política, que existe actividad política en sentido material y no meramente formal, cuando dicha actividad procura la construcción, consolidación y conservación del agregado humano de que se trate y hace de esa manera que la convivencia humana se haga persistente (1). Esto importa que el estado sea el grupo humano global que contiene a los demás grupos menores y posibilita la existencia y Convivencia tanto de las personas individuales como de tales grupos. Así se ha sostenido que la realidad política se presenta como una realidad social global en el sentido que se refiere al hombre como “hombre global”, es decir como “hombre”, no como un “hombre sectorial”, miembro de un determinado grupo -como progenitor, trabajador, estudiante, empresario, etc. (2). En sentido concordante Bidart Campos dice que de la socialidad deriva necesariamente lo politicidad, “ya que el hombre no puede convivir en sociedad sin ordenación, sin organización, sin jefatura)” (3). En definitiva la organización política, que históricamente llamamos Estado, es necesario para la convivencia de los hombres y para la conservación de los grupos menores que ellos forman para satisfacer sus necesidades.

Esta concepción implica reconocer un dato de la realidad: que las personas no son sólo miembros del estado en calidad de ciudadanos, sino que a la vez son miembros de sociedades menores como la familia, las asociaciones profesionales, culturales, los grupos socioeconómicos (4). Quintas incluye, incluso teóricamente opinable, dentro de las asociaciones intermedias a grupos que clasifica como “locales” ya otras como “políticas”. Respecto de las “locales” las define como las que actúan en un área o espacio específico, así quedarían comprendidos los municipios, las provincias, las regiones, reconociendo que estas sociedades “abrazan” necesidades “plurisectoriales” y no “monosectoriales”. Ello es así porque dan respuesta a necesidades económicas, de transporte, sociales, culturales, etc. (5) Esto conduce que considerar estos “grupos locales” como muy similares al Estado, ya que también cuentan con poder político para tomar decisiones que satisfagan a las necesidades antedichas. De allí que más que grupos intermedios los consideremos entidades de

descentralización política, porque están dotadas de poder político, si bien no soberano, sí autónomo. Y, si esto, que en nuestro ordenamiento, no se discutía con relación a las provincias en virtud del art. 5 de la Constitución Nacional, pero sí con relación a los municipios, luego de la reforma de 1994, la nueva redacción del art. 123 ha convertido en estériles las anteriores discusiones sobre el tema. Dada la mencionada plurisectorialidad de las necesidades que están comprendidas en el fin de estos “estados autónomos”, resulta lógico y razonable que el presupuesto de los mismos esté íntimamente ligado a dichas necesidades, siendo una pauta importante a tener en cuenta la cantidad de población que habita en el territorio donde se ejerce el citado poder autónomo. Desde ya que no es la única pauta, así la escasez de recursos o desarrollo económico de una provincia o región, también es otro criterio relevante a los fines de distribuir fondos, baste pensar en los pasados regímenes de promoción industrial o subsidios, como en el caso de nuestra región patagónica o en el caso de Italia para el sur del país – “il mezzogiorno”-, notablemente subdesarrollado en comparación al norte industrial. Pero, reiteramos, la cantidad de población resulta trascendente, ya que es de suponer que a mayor población, mayores necesidades a satisfacer y en consecuencia mayores fondos a erogar.

Por último, Quintas también incluye como grupos intermedios a los partidos políticos, calificándolos dentro de las sociedades menores con el adjetivo de “políticas”, así como adjetivo a los estados autónomos como “locales”. Respecto de los partidos políticos admite que se acercan al máximo al estado porque su actividad se refiere o debería referirse al bien común político, es decir al fin del Estado como comunidad política global; pero afirma que son agrupamientos parciales por cuanto nacen de distintos intereses, ideologías y concepciones en cuanto a cómo “realizar” el bien común político en un tiempo y país determinado (6). Más allá de compartir o no la opinión del citado autor en cuanto a considerar a los partidos como sociedades intermedias, de lo antedicho queda claro que al igual que las entidades políticas autónomas, los partidos políticos no dirigen su actividad hacia un fin sectorial como una asociación profesional,

cultural o económica, sino que el objetivo de sus integrantes es desarrollar un proyecto general de política global a implementar desde el ejercicio del poder del estado (7). Este objetivo de los partidos políticos es justamente, lo que a nuestro juicio, invalida .los sistemas que organizan la representación política de la ciudadanía con exclusión de los partidos, construyéndola por ejemplo de acuerdo a un criterio corporativo, es decir a través de los grupos de interés, respecto de los cuales existe consenso en que son grupos intermedios -tal es el caso de los sindicatos, las universidades, las sociedades empresarias, las asociaciones profesionales-. Tales grupos de interés, tienen como objetivo satisfacer necesidades sectoriales -laborales, sociales, educativas, económicas, etc.-. En cambio los partidos políticos, lejos de tener un interés “parcial” o “sectorial”, deben tener una visión política de conjunto, una ideología política completa, tal es así que al decir de Bidart Campos, el partido que no la tenga no puede considerarse “sociológicamente” como un partido político, sin embargo el mismo autor remarca que dicha visión política general de cada partido difiere de la de los demás, porque la elabora desde su enfoque y perspectivas parciales (8). De allí que la pluralidad de partidos supone la división de una sociedad en ideologías o visiones diferentes sobre cómo lograr o “realizar” el bien común político (9). Por esa misma razón ningún partido político puede arrogarse la representación de toda la sociedad, lo que implicaría asumir el propio punto de vista parcial como una visión totalizadora acerca del bien común y en consecuencia los sistemas de partido único importan una contradicción, ya que desnaturalizan la “esencia” de la finalidad de los partidos políticos. Gráficamente lo explica Sartori al decir que la palabra “partido” comunica la idea de parte y la única manera de que nos podamos interesar por las partes es concibiendo a la comunidad política como un todo pluralista y no monolítico, es decir un todo formado por partes en plural, resultado de la interacción de sus partes (10).

3) Las funciones de los partidos políticos en el sistema democrático

En el capítulo precedente hicimos mención a la finalidad de los partidos políticos en cuanto a que los mismos buscan obtener el poder estatal, colocar a sus miembros en los cargos del gobierno, con el objeto de implementar su visión parcial de realización del bien común general. También distinguimos netamente a los partidos políticos de las “sociedades intermedias”, ya que éstas buscan satisfacer un interés sectorial, mientras que aquellos intentan satisfacer desde el gobierno el interés global de la sociedad desde una perspectiva particular. Por dicha distinción es que la organización de la participación política en un sistema democrático debe basarse en la existencia de los partidos políticos, ya que la misma se desnaturalizaría si se adoptara un molde de tipo “corporativo” por la sencilla razón de que los grupos de interés por responder a fines de tipo sectorial no son idóneos para representar a la población en la toma de decisiones que hacen a un proyecto general de política global. Por lo demás, amén del derecho constitucional de asociarse libremente (art. 14 de la Const. Nacional), en la participación política, como interesa la opinión de la gente respecto a un proyecto de política global, lo relevante es la opinión de los hombres en cuanto “hombres”, como expresábamos al inicio del capítulo segundo y no en cuanto estudiantes, trabajadores, jefes de familia o empresarios. De allí que lo “natural” sea que en cuanto a sus inquietudes políticas, las personas se agrupen con quienes tienen ideas afines al respecto y no con quienes comparten la misma profesión o actividad laboral, cultural o económica.

En pos de dicha finalidad los partidos políticos actuantes en el sistema democrático tienen determinadas funciones indicadas por la doctrina de la teoría política. Así López clasifica estas funciones en electorales y gubernamentales en cuanto atienden la actividad de los gobernados o de los gobernantes; y siguiendo el modelo de Neumann las enumera: encauzar la caótica voluntad popular, educar a la ciudadanía para encarar su responsabilidad política, servir de eslabón entre la opinión pública y el gobierno y seleccionar la elite gobernante

que debe conducir los destinos del país (11). En las dos primeras predomina el carácter electoral y en las dos últimas el gubernamental. Duverger destaca la función de los partidos con relación a la selección de los gobernantes y a la representación de la opinión política, funciones que se encuentran muy relacionadas por cuanto, la distribución de los votos emitidos -medio por el cual se selecciona a los gobernantes en los sistemas democráticos- es también un medio, no el único, de expresión y también de formación de la opinión política (12). Loewenstein es otro autor que resalta la función de los partidos de designar a los “detentadores del poder constitucionales en el parlamento y en el gobierno” (13). En un sentido similar sostiene Sartori que los partidos son un instrumento para representar al pueblo al expresar sus exigencias, les asigna una función “expresiva” y “canalizadora” de la opinión de la gente (14).

Como se puede apreciar, existe consenso en señalar que los partidos políticos tienen una función de “expresión y vehículo” de las ideas de la población, función que se “ejerce” cada vez que la gente es consultada, ya sea a través del voto electoral o de las distintas formas semidirectas. Y como consecuencia de la consulta a la gente aflora la función de “representación” de la población por parte de los partidos, en el sentido de “asignar” a cada partido dicha representación en proporción al número de votos obtenidos. A modo de síntesis podríamos decir que la función de representación es consecuencia de la de expresión. Ello nos conduce a considerar que cuanto más “fidedigna” sea la “expresión”, más “transparente” será la “representación”. Este razonamiento nos lleva a poner énfasis en la función expresiva y canalizadora, que es la que origina la representativa. ¿Cómo se lograría una expresión fidedigna?. Esta pregunta obliga a replantear el tema de la opinión de las personas, que en definitiva es el objeto que se expresa mediante el sufragio. Una ‘opinión es un acto intelectual, en el cual se dan elementos más o menos racionales y más o menos emocionales, ya que el hombre es razón y es emoción. Y en el sistema democrático la participación popular en las decisiones del gobierno -ya sea directa o indirectamente- está íntimamente vinculada a la autonomía de la

persona, la capacidad de autodeterminación, de libre elección en las valoraciones. Estamos en presencia de la libertad psicológica de la persona, la “capacidad del hombre de efectuar elecciones libres”, la cual se explica sólo a través de la presencia de dos facultades: la inteligencia y la voluntad (15). En esta libertad psicológica podemos fundar la fuerza moral del sistema democrático. Al respecto se ha caracterizado modernamente a la democracia como el “gobierno mediante la discusión” (16), lo que resalta el carácter racional de la democracia, ya que la discusión importa el intercambio de opiniones. Y ello requiere de elecciones libres, ya que la votación sin una elección libre no puede traducirse en un gobierno representativo (17), lo que coincide con lo que expresáramos más arriba en cuanto a que la representatividad depende de la limpieza en el proceso de expresión de las opiniones. Sartori explica que para que exista una opinión pública autónoma es necesario, entre otros requisitos, la existencia de una información plural y diversa, ya que una multiplicidad de persuasores refleja una pluralidad de públicos, lo que se traduce en una sociedad pluralista (18). Entendemos que dicha idea de la multiplicidad de persuasores se traduce en la competencia electoral en la posibilidad de participación de los partidos con la mayor igualdad de oportunidades posible. Si entendemos como Sartori que un aspecto de la democracia es ser el gobierno mediante la discusión, esa discusión debe darse de la manera más abierta e igualitaria para que la elección sea lo más libre posible, ya que a mayor conocimiento de las opciones a elegir es dable considerar que se corresponde una decisión más razonada y en consecuencia más fiel de las convicciones del elector. La misma idea se halla presente en el art. 38 de la Constitución Nacional, al disponer que la misma garantiza a los partidos políticos el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

4) Relación entre los fines y las funciones de los partidos políticos y la distribución de los fondos estatales a los mismos

Tal como se dijera en el capítulo introductorio, la ley 23.298 ha optado por establecer un sistema de distribución de fondos estatales para el tiempo de inicio de una campaña electoral basado en un

criterio de “representatividad”, porque se asigna una cantidad determinada de dinero en directa proporción con el número de votos obtenidos en la elección anterior. Consideramos que este sistema no responde ni a los fines ni a las funciones de los partidos políticos, de acuerdo a lo explicado precedentemente. En cuanto al fin creemos que ha quedado bien establecida la diferencia entre los, partidos políticos y las llamadas sociedades intermedias en cuanto éstas atienden a un interés sectorial, mientras que aquéllos proponen desde una óptica parcial un proyecto global de gobierno para toda la sociedad. Y se distinguen también de las Formas políticas descentralizadas -región, provincia, municipio-, por cuanto éstas tienden a satisfacer los intereses multisectoriales de un sector de la población dentro de un sector del territorio del estado. De esta distinción inferimos que en el caso de las sociedades intermedias o de las formas políticas descentralizadas, la cantidad de población que reúnen -en un caso será asociados, en el otro habitantes -, es una pauta “razonable” a considerar -mas no la única- para decidir la distribución de fondos que se haga a las mismas. Y ello resulta razonable dado que tales grupos o estados locales tienen como meta satisfacer las necesidades o intereses de la población involucrada en ellos, por lo que es lógico deducir que a mayor cantidad de personas, mayores necesidades a satisfacer. Reitero que es una pauta razonable mas no la única, porque existen otros factores a considerar, como la mayor o menor capacidad de generar recursos propios de tales grupos o estados locales. Ahora bien, los partidos políticos no tienen que satisfacer a través de la gestión partidaria las necesidades de sus votantes, ya que hace a su finalidad que den respuesta desde la gestión estatal a las demandas, no de sus votantes, sino del conjunto de la población. Se podría argumentar que los partidos tienen que atender a sus propias necesidades, es decir al sustento de sí mismos, solventar sus actividades, sus locales, etc. Es cierto, pero tampoco aquí la cantidad de votos recibidos es una pauta objetiva que refleje dichas necesidades. Por lo demás debe recordarse que los partidos que obtienen mayor cantidad de votos, por lo general son quienes tienen mayor cantidad de afiliados, con lo cual cuentan también con mayor capacidad para generar recursos propios. De hecho son los partidos

minoritarios los que suelen afrontar mayores apremios económicos. Es más, la circunstancia de que los partidos con mayor cantidad de afiliados deban afrontar mayor número de necesidades, está expresamente previsto en los arts. 3 y 4 del Decreto 2140/85 reglamentario de la ley 23.298, que asigna una determinada cantidad de dinero por afiliado como aporte único al momento de obtenerse el reconocimiento definitivo.

En cuanto a la relación de la distribución de fondos con las funciones de los partidos políticos, en el capítulo anterior, remarcamos la mayor relevancia, que a nuestro juicio, debe otorgarse a la función expresiva o canalizadora que a la representativa, porque aquélla condiciona a ésta. Asimismo enfatizamos la necesidad de una auténtica libre elección, lo que importaba -según nuestra opinión la garantía de una participación de los partidos en el mayor nivel de igualdad de oportunidades posible. Es sabido que la ausencia de una auténtica igualdad de oportunidades entre las opciones partidarias puede lograrse a través de métodos groseros, como imponer la afiliación al partido gobernante a fin de obtener empleos públicos o prebendas de otro tipo, o impedir a la oposición la libre expresión de sus ideas y opiniones o el acceso a los medios de comunicación, lo cual está expresamente vedado por el art. 38, 2do., párrafo “in fine” de la Constitución Nacional. Pero también existen vías más sutiles como lo es a través del gasto electoral. Duverger señala la necesidad de tomar medidas severas para contrar y limitar los gastos electorales con el fin de impedir que el dinero pese demasiado en la propaganda o engendre desigualdades demasiado grandes (19). Es decir que se recomienda hasta la necesidad de controlar o limitar los aportes privados a las campañas a fin de tutelar una auténtica igualdad de oportunidades en pos de un proceso electoral más transparente. Entendemos que dicha igualdad de oportunidades se halla expresamente prevista por el texto constitucional cuando el segundo párrafo del art. 38 garantiza la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, lo cual tiene por norte “que los ciudadanos posean capacidad suficiente de opción por las candidaturas de su preferencia” (20). El criterio de “representatividad” para la

distribución de los fondos estatales no resulta idóneo para garantizar una auténtica competencia de las opciones partidarias en igualdad de oportunidades, porque tiende a favorecer a los partidos mayoritarios en desmedro de los minoritarios, a lo cual debe añadirse que también ellos serán los más favorecidos por el aporte de capital privado, lo que se explica por una sencilla razón especulativa. Y si bien el aporte privado voluntario puede estar sujeto al control estatal (cfr. art. 38, último párrafo de la Constitución Nacional), atenta ría contra el derecho de propiedad imponer a los particulares la obligación de financiar a los partidos políticos en términos que garanticen una competencia electoral en las mayores condiciones de igualdad posible. Pero sí podría el Estado “autoimponerse” dicha obligación, dado que debe velar por la competencia en términos de igualdad. Esa es la razón por la cual consideramos que el criterio de “representatividad” establecido en el art. 46, 4to. párrafo de la ley 23298 no resulta idóneo a los fines establecidos en el 1er. párrafo de la mencionada norma, que dispone como finalidad del Fondo Partidario Permanente la provisión a los partidos reconocidos de los medios económicos para facilitarles el cumplimiento de sus funciones institucionales.

Luego de este análisis la pregunta que se suscita es lógicamente la siguiente: ¿cuál sería esa pauta idónea? Estrictamente habría que determinar qué grado de desigualdad de oportunidades genera el aporte privado a las campañas, para de esa manera “compensar” con los aportes públicos a los partidos menos favorecidos con dicho capital privado. No se nos escapa que esto es complejo, no por la dificultad de desconocer con exactitud dicho aporte particular, ya que según la norma constitucional los partidos deben dar a conocer el origen de sus fondos, sino porque es difícil “cuantificar”, la influencia del gasto electoral en el resultado de una elección. Es por ello que proponemos, como una opción mínima, que la distribución de los fondos estatales a los partidos habilitados para presentar candidatos a una elección, debe realizarse en términos de igualdad, es decir que debe aportarse una misma suma de dinero a cada opción partidaria, sin tomar en cuenta la cantidad de votos obtenidos en anteriores elecciones. Creemos que dicho criterio responde más genuinamente a

los postulados del art. 38 del texto constitucional y se compeadece de una manera más idónea con los fines y las funciones inherentes a los partidos políticos, de acuerdo a lo razonado a lo largo de este trabajo. Debe destacarse que los fondos asignados por la cantidad de votos obtenidos en la elección anterior, importan un aporte con el destino expreso de ser utilizados en la campaña electoral, ya que así se colige del art. 46, 4to., párrafo de la ley 23298 que dispone este aporte “al tiempo de iniciarse una campaña para elecciones nacionales” y del art.10 del Decreto 2140 que establece la percepción de dicho aporte desde treinta días antes de cada elección. Es por ello que remarcamos la vinculación de estos aportes con el gasto electoral que hacen los partidos, de allí que consideremos que la pauta orientadora para la distribución de los mismos deba ser el art. 38 de la Constitución Nacional en cuanto garantiza “la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos”, debiendo privilegiarse la igualdad de oportunidades entre las distintas opciones partidarias y el derecho real de libre elección de los ciudadanos y no de mera opción. Vislumbramos todavía una crítica a la postura que aquí se sustenta basada en que con un aporte igualitario se privilegie a partidos minúsculos detrayendo dineros públicos para solventar las actividades de grupos no representativos. Entendemos que como el aporte que tratamos sólo se asigna a los partidos que están habilitados para intervenir en un acto eleccionario, el mínimo de representatividad está dado por el “piso” de afiliados para la obtención de la personalidad jurídico-política (art. 7, inc. a de la ley 23298) y por las causas de caducidad de dicha personalidad política (art. 50 de la ley 23298), entre las que se contempla el grado de representatividad en el inciso c que estipula dicha caducidad en caso de no alcanzarse en dos elecciones sucesivas el 2% del padrón electoral en ningún distrito. De allí que consideremos a dicha crítica carente de solidez.

5) Conclusiones

A modo de síntesis y a los fines de destacar las ideas que juzgamos centrales de este artículo, enumeramos brevemente las siguientes:

a) Los partidos políticos se distinguen tanto por su finalidad como por sus funciones de las llamadas sociedades intermedias como de las formas políticas descentralizadas.

b) La finalidad de los partidos políticos es obtener el poder estatal para realizar un proyecto general de política global desde una perspectiva o visión parcial.

c) Dentro de las funciones de los partidos políticos se destacan las de expresar y canalizar las opiniones de la gente en materia política y de representar o reflejar dicha opinión a través de las vías semidirectas o mediante la selección de la clase dirigente instrumentada por la vía electiva.

d) En un sistema democrático se debe garantizar en la mayor medida posible la transparencia y libertad psicológica de los ciudadanos en el acto eleccionario, lo cual está vinculado de manera directamente proporcional con la real igualdad de oportunidades de las distintas opciones partidarias para expresar y difundir sus ideas y programas en las campañas electorales.

e) El sistema de aportes estatales para solventar los gastos de los partidos políticos para las campañas electorales debe tender a garantizar una real competencia e igualdad de oportunidades entre los mismos, sin perjuicio de ejercerse un debido control de los aportes privados para el mismo fin

f) Toda vez que por enseñanza empírica y lógica los aportes privados fluirán en mayor grado hacia los partidos mayoritarios, los aportes estatales adquieren una función “compensadora” para asegurar a los partidos menos favorecidos un mínimo de igualdad de oportunidades en la competencia electoral.

g) El sistema de distribución de los aportes estatales en función del número de votos obtenidos en la última elección establecido en el art. 46, 4to. párrafo de la ley 23298 profundiza la

desigualdad de oportunidades y conspira contra una efectiva competencia en el acto eleccionario en detrimento de los partidos minoritarios contradiciendo, si bien no el texto literal al menos sí la tésis del art. 38, 2do. párrafo de la Constitución Nacional.

h) No obstante que el ideal de reparto de los fondos estatales para financiamiento de las campañas electorales debería compensar con mayores aportes a los partidos menos favorecidos por el flujo de los aportes privados, dada la dificultad de “cuantificar” la real incidencia de la propaganda en el resultado del sufragio, debería propiciarse como una solución real una distribución igualitaria de tales fondos estatales entre todas las opciones partidarias habilitadas para participar en una determinada elección, correspondiéndose así de una manera más armónica con el texto constitucional del art. 38, 2do. párrafo.

Bibliografía

- (1) Ver López, Mario Justo: “Introducción o los Estudios Políticos”, Ed. Depalma, págs. 32/33.
- (2) Ver Quintas, Avelino M.: “Episteme e Política”, Giuffre Editore, págs. 4/5.-
- (3) Ver Bidart Campos, Germán f.: “Derecho Político, Ed. Aguilar, pág. 36.-
- (4) Ver Quintas: “Obbligazione politica e governo legittimo”, Giuffré Editare, pág. 231.-
- (5) Ver Quintas: “Obbligazione politica e governo legittimo”, pág. 236/237.-
- (6) Ver Quintas: “Obbligazione politica e governo legittimo”, pág. 237.-
- (7) Ver López, Mario 1, op. cit., V. II, 09.492.-
- (8) Ver Bidart Campos: “Lecciones elementales de política”, Ed. Ediar, págs. 358/359.-
- (9) Ver Bidart Campos: “Lecciones elementales de política”, idem.-
- (10) Ver Sartori, Giovanni: “Partidos y sistemas de partidos”, Alianza Universidad, pág. 53.-
- (11) Ver López, Mario J., op. cit., V. II, pág. 498.-

- (12) Ver Duverger, Maurice: “Los partidos, políticos”, Ed. Fondo de Cultura Económica, págs. 378, 398/399.-
- (13) Ver Loewenstein, Karl: “Teoría de la Constitución”; Ed. Ariel, pág. 37.-
- (14) Ver Sorba, op. cit., págs. 55/57.-
- (15) Ver Quintas: “Análisis del bene comune”, Bulzoni Editare, págs. 84/86 y Millón Puelles, Antonio Fundamentos de Filosofía”, Ed. Rialp S.A., págs. 371/386.-
- (16) Ver Sartori: “Teoría de la democracia”, Alianza Universidad, T” 1, pág. 13.-
- (17) Ver Sartori: “Teoría de la democracia”, P 1, pág. 54.-
- (18) Ver Sartori: “Teoría de la democracia”, P 1, pág. 134.-
- (19) Ver Duverger, op. cit., pág. 391.-
- (20) Ver Bidart Campos: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ect Ediar, T” VI, pág. 277.-

El análisis económico del Derecho y algunas de sus aplicaciones en el campo de la Responsabilidad Civil en el Derecho Privado Argentino

Por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: Revista Jurídica de la UCES N° 1 (otoño- invierno 2000), p. 42-86.

[Consultado el: 15-01-2021]

Sumario:

I. Introducción.- II. Nociones básicas del Análisis Económico del Derecho.- III. Inmisiones.- IV. Incumplimiento contractual.- V. Accidentes de automotor.- VI. El seguro y sus consecuencias en el incumplimiento contractual y los accidentes de tránsito.- VII. La exigibilidad del derecho.- VIII. Mercados competitivos.- IX. Control de la contaminación.- X. La responsabilidad del fabricante.-XI. Conclusiones.

I. Introducción

El propósito del presente trabajo es efectuar un análisis de algunas hipótesis de aplicación de los conceptos del análisis económico del derecho y de su tratamiento en nuestro derecho privado, a fin de establecer algún correlato entre las soluciones de la concepción económica y las que brindan nuestro ordenamiento jurídico. Para una mejor organización del estudio, comenzaré por realizar un breve comentario general acerca de las nociones básicas del análisis económico del derecho, seguidamente efectuaré un repaso de las distintas situaciones susceptibles de ser tratadas desde el enfoque económico y su regulación en nuestro derecho, y finalmente intentaré extraer algunas conclusiones.

II. Nociones básicas del Análisis Económico del Derecho

Un primer planteo que se presenta en la concepción económica del derecho es el aparente conflicto entre eficiencia y equidad, pudiéndose presumir que en la concepción citada el mismo se dirime en favor de la eficiencia con indiferencia respecto de la “iniquidad” que sus soluciones puedan importar. Al respecto, y siguiendo a Mitchell Polinsky (1), como lo haremos a lo largo de todo este trabajo, cuando se trate de conceptualizar las nociones del análisis económico del derecho (en adelante AED), la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma, mientras que la equidad se refiere a la distribución de la renta -los beneficios- entre los individuos (2). Así en principio, podríamos decir que una acción es eficiente cuando aumenta los beneficios y disminuye los costos totales de una determinada situación, mientras que será equitativa en la medida en que disminuya la diferencia entre los beneficios distribuidos a cada miembro de la comunidad. El conflicto entre ambas nociones se plantea en aquellos casos en los cuales el aumento de beneficios totales trae aparejado que los mismos sean distribuidos de manera inequitativa, es decir que habrá una importante diferencia entre la porción de beneficios que se asignará a cada individuo. Si se quisiera privilegiar la eficiencia por sobre la equidad, se decidirán acciones que aumenten la suma total de beneficios aunque ello acreciente la diferencia numérica entre los distribuidos a los individuos -los que reciben más beneficios los verán aumentados y los que reciben menos los verán disminuidos-, en caso contrario se preferirá no aumentar e incluso reducir la suma total de beneficios en pos de lograr un reparto más equitativo. El conflicto se produce cuando la redistribución de la renta genera costos, ya que si la misma no los produjera siempre sería preferible la opción más eficiente, por cuanto siempre sería preferible aumentar los beneficios totales dado que quienes menos reciben en la anterior situación al menos tienen asegurada la misma asignación de renta en la nueva (3). Los partidarios del análisis económico del derecho, entienden que la redistribución de la renta debe ser un objetivo del sistema fiscal, es decir, del sector público del derecho, porque de esa manera se logra en

forma más barata y precisa, mientras que el derecho privado debe buscar la solución más eficiente, esto es, aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios. (4)

Una de las nociones básicas del AED es el llamado “Teorema de Coase”, cuya enunciación simplificada consiste en la siguiente conclusión: siempre se adoptará la solución más eficiente, cualquiera sea la asignación de la titularidad del derecho, siempre que los costos de transacción fueran cero. A fin de ejemplificar el mismo se plantea la hipótesis de una fábrica contaminante que causa daños a cinco vecinos por \$75 a cada uno, es decir un total de \$375, los que pueden eliminarse con la instalación de un filtro en la fábrica por un costo de \$ 150, o entregando a cada vecino una secadora por \$50 cada una, es decir con un costo total de \$250. Independientemente de que la fábrica tenga derecho a contaminar o los vecinos al aire puro, cualquiera de ellos optará por abonar los \$150 del filtro; la diferencia consistirá en la redistribución de la renta, ya que si se asigna el derecho a la fábrica los vecinos pagarán el filtro, en caso contrario se hará cargo la fábrica (5). Pero si existieran costos de transacción positivos, por ejemplo si a cada vecino le cuesta \$60 reunirse con los demás, elegirían comprar la secadora por \$50 cada una, lo que importa la adopción de una solución ineficiente, con lo cual la norma debería asignarle la titularidad del derecho a ellos por cuanto la fábrica, al no tener costos de transacción, escogería seguir pagando los \$ 150 del filtro. Ello conduce a formular el teorema de Coase en una versión más compleja: si hubiese costos de transacción positivos, la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida (6). Efectuada esta breve explicación de los conceptos básicos del AED, trataré diversos supuestos fácticos de aplicación de los mismos y su regulación en nuestro derecho.

III. Inmisiones

Un primer caso práctico es el que se ejemplificó en el punto anterior, denominado en derecho como “inmisiones”. Las diversas

posibilidades de tutela del derecho que se asigna pueden consistir en: una acción de cesación a fin de que el ofensor cese en la actividad dañosa o en la resistencia al daño -si el titular del derecho es la fábrica-; una acción de resarcimiento, en cuyo caso no habría posibilidad de hacer cesar la actividad material del ofensor, sino solamente compensar al ofendido con una cuantía de dinero (7). En caso de que los costos de transacción fueran cero, que el derecho asignado sea el de gozar del aire puro, cualquiera que fuese la acción de tutela del derecho, la fábrica producirá las cantidades de producción que importen la solución más eficiente porque por debajo o por encima de la misma la diferencia entre lo que gane y lo que tenga que abonar como compensación importaría una opción ineficiente para ella. Si las partes asumen una conducta estratégica en la negociación, la cuestión varía, ya que la acción de cesación será eficiente de acuerdo a la titularidad del derecho que se asigne, mientras que la de resarcimiento lo será siempre que la responsabilidad sea equivalente a los daños reales que se irroguen (8). Por último la información correcta que tenga el tribunal influye en la elección de la acción más eficiente, ya que la de resarcimiento lo será sólo si conoce el inventario de daños reales de la víctima, no así si los infravalora, en cuyo caso aparece aconsejable la acción de cesación (9).

La hipótesis de las inmisiones está contemplada en nuestro Código Civil en el art. 2618 que dispone: “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente”. Del texto transcrito podemos observar ante todo que se utiliza un lenguaje plagado de

remisiones a principios muy caros a la dogmática tradicional en cuanto representativos del concepto de equidad -entendida como justicia del caso particular, tal como “normal tolerancia”, “condiciones del lugar”, “circunstancias del caso”, “exigencias de la producción”, “uso regular de la propiedad”, “prioridad en el uso”, lo cual impregna a la norma de una importante dosis de incertidumbre en la decisión a tomar. Sin embargo podemos vislumbrar que bajo el manto de tales términos el objetivo del legislador es el mismo que se busca desde el AED, ya que no se consagra el derecho irrestricto de quien padece las inmisiones, sino que quien molesta al vecino tendría derecho a hacerlo dentro “de ciertos límites de tolerancia”, “de exigencias de la producción” y “de acuerdo a la prioridad en el uso”, lo que conduce a una solución de índole económica: hasta cierto nivel de producción y de molestias es permitido generar emanaciones que afecten al vecino. También el interés económico está comprometido en cuanto a la discrecionalidad conferida al juez para optar por la acción de resarcimiento o de cesación. Así es reconocido expresamente por Borda -autor intelectual de la reforma de la ley 17.771 que produjo esta norma-, quien entiende que en principio la solución general es la cesación, mas se debe optar por la indemnización si se trata de las actividades en cuyo mantenimiento hay un interés social comprometido, como por ejemplo si el cierre de la fábrica trae aparejado el despido de los empleados o el cese de una producción necesaria o útil; se aparta de la solución del AED al entender que en caso de que las molestias deriven de la culpa o dolo del vecino se debe ordenar la cesación ya que de otra manera se estaría permitiendo una conducta ilícita (10). La dificultad que hallamos en esta última consideración es que en estos casos la asignación de culpa o dolo va a estar íntimamente vinculada al nivel de normal tolerancia, lo que remite indirectamente a apreciaciones de tipo económico, por cuanto como hemos visto la normal tolerancia a su vez dependerá de las “exigencias de la producción” y de la “prioridad en el uso”. Ello se comprende de conformidad con la concepción sostenida por diversos autores en cuanto a que la “incorrección” de nuestras acciones resultan de la violación de un nivel razonable de cuidado y atención por los bienes de los demás y que ese nivel se construye en base a pautas objetivas y

no por el grado de reprochabilidad moral del agente, la que sí dependería de la forma intencional o culpable de la acción". Las pautas objetivas en el art. 2618 están dadas por los términos arriba enumerados: "condiciones del lugar", "exigencias de la producción", "uso regular de la propiedad", "prioridad de uso" -esto último se relaciona con la precedencia en el uso de la propiedad y la consolidación de un determinado estado de hecho (12). Ello nos conduce a entender que aún en caso de acreditarse una conducta negligente subjetivamente considerada, si se encontrara comprometida una actividad socialmente útil, muy posiblemente el juez opte por el resarcimiento y no por la cesación. Con todo la solución de nuestra norma no importará siempre la Más eficiente desde el punto de vista del AED, ya que las "circunstancias objetivas" a sopesar por el juez no son sólo de índole económica y podría llegar a hacerse cesar una actividad "eficiente" en pos de un reconocimiento prioritario de los derechos del vecino "molestado", en homenaje a la equidad, como podría ser el caso del cierre de un local bailable por el ruido causado a los vecinos.

IV. Incumplimiento contractual

Otro ámbito del derecho en el que resultan aplicables los conceptos del AED es el de las obligaciones contractuales. Aquí las partes tienen la oportunidad de prever las hipotéticas situaciones de conflictos y establecer en el contrato las reglas de solución de las mismas y más allá de la eventual nulidad o invalidez que podría declararse respecto de las mismas, en principio debe reconocerse la validez de ellas, cualquiera sea su contenido en virtud del principio de autonomía de la voluntad, como lo consagra el art. 1197 de nuestro Código Civil. Sin embargo es plausible que existan normas jurídicas que regulen los contratos a fin de dar solución a las cuestiones no contempladas en ellos. Siempre según Mitchell Polinsky, desde la perspectiva de la eficiencia, objetivo del AED, dada una situación de incumplimiento del contrato, se pueden contemplar tres tipos de acción en favor de la parte perjudicada por el incumplimiento: la de resarcimiento o expectativas (expectation damages), la de

resarcimiento de daños en sentido estricto (reliance damages) y la de restitución (restitution damages) (13). La acción por expectativas permite asignar a la parte dañada una suma de dinero que la coloque en la misma situación en que se hallaría si el contrato se hubiese cumplido, vale decir que condena al incumpliente a satisfacer a la otra parte las expectativas que pensaba colmar con el cumplimiento del contrato, lo cual en nuestro derecho representa el llamado daño al interés positivo. La de resarcimiento en Sentido estricto obliga al incumpliente a pagar al perjudicado un monto que lo sitúe en la posición en que se hallaría de no haberse dado el contrato, esto es, retrotrae la situación de la víctima a antes del contrato, como si el mismo no hubiera existido, lo cual se asimila a lo que se denomina en nuestro sistema jurídico el daño al interés negativo (14). Por último la de restitución obliga al incumpliente a pagar a la víctima una suma equivalente a los beneficios que el mismo obtuvo con su accionar, lo que representaría un resarcimiento del daño emergente en forma parcial.

Mitchell Polinsky presenta el siguiente ejemplo para evaluar la eficiencia o no de los tres tipos de acciones, en el cual introduce dos conceptos adicionales: el gasto por confianza, representado por la suma que el perjudicado por el in-cumplimiento debe pagar en expectativa de que se cumpla el contrato; y la neutralidad al riesgo, esto es que las partes sean indiferentes entre distintas situaciones de riesgo entre las que varíe el porcentaje de probabilidad de obtener un determinado valor, interesándose solamente en el valor numérico esperado en ellas (15). Dejamos de lado la consideración de la hipótesis de un contrato perfectamente detallado en el que se especifiquen las consecuencias del incumplimiento para analizar las distintas normas que consagren diversos tipos de acciones en caso de imprevisión de las contingencias del contrato (16). En el ejemplo hay un vendedor V que vende un artefacto cuyo costo de producción es de \$150, C1 es el comprador inicial que valora el artefacto en \$200, paga por él \$175 y tiene un gasto por confianza de \$10, finalmente entra en escena otro comprador C2 que valora el bien en \$0, \$180 o \$250. En el supuesto de que una vez incumplido el contrato con C1

para vender el bien a C2, si se normara la acción por expectativas, V deberá pagar a C1 los \$200 que representan el beneficio que habría obtenido si se hubiese cumplido el contrato, por lo que incumplirá sólo si C2 ofrece \$250, con lo cual se trata de una norma eficiente ya que su aplicación conduce a que el bien sea obtenido por quien más lo valora. La acción de resarcimiento en sentido estricto tiene por objetivo colocar a C1 en la situación anterior al contrato, en la cual no tenía ningún beneficio pero tampoco ninguna pérdida, por lo tanto V deberá pagarle el precio abonado por C1 más los gastos por confianza. De ello se deduce que la eficiencia de esta acción dependerá del precio de venta que se pacte, el que oscilará entre los \$150 de costo de producción y los \$190 (\$200 del beneficio esperado por C1 menos los \$10 de gastos por confianza). Si el precio se pacta en \$160, V debería indemnizar a C1 con \$170 (160 + 10), por lo que incumplirá para vender a C2 si éste ofreciere \$180, quedando el bien en manos de quien menos lo valora, por lo que en dicho caso la acción sería ineficiente. La conclusión a la que se arriba es que la eficiencia de la acción de resarcimiento en sentido estricto dependerá del precio pactado. Finalmente la acción de restitución resulta ser la más ineficiente, ya que V sólo debe compensar a C1 el valor del precio contractual, de lo que se deduce que la indemnización siempre será menor que la debida en la acción de resarcimiento en sentido estricto. Como complejidades adicionales del ejemplo el autor destaca el efecto de los tres tipos de acción respecto de la llamada inversión por confianza -gastos que realiza el comprador en la creencia de que el contrato se cumplirá-, respecto de la cual la acción restitutiva se presenta como la más eficiente; y el costo de obtener tener la información precisa por parte del Tribunal. En cuanto a esto último la acción restitutiva deviene la más económica, ya que el precio contractual resulta de fácil conocimiento, reviste mayor dificultad obtener la información de los gastos por confianza que se adicionan en la acción de resarcimiento en sentido estricto y la acción por expectativas es la más costosa por cuanto suele ser muy difícil para el juez precisar los beneficios esperados por la víctima del incumplimiento (17). En síntesis, se concluye que no existe un tipo de acción que sea siempre y en toda situación la más eficiente para

resarcir los daños generados por el incumplimiento contractual ya que dicha eficiencia dependerá de los distintos factores a tomar en cuenta: el mero incumplimiento, la inversión por confianza y hasta los costos secundarios como los de información del tribunal.

Veamos ahora qué solución otorga nuestro derecho privado. Ante el incumplimiento contractual y siempre que no existiere una solución prevista por las partes en el propio contrato, el art. 505 del C. Civil otorga a la parte perjudicada el derecho de exigir al, deudor el cumplimiento de su obligación (inc.1) o de obtener de él las indemnizaciones correspondientes (inc. 3). Es decir que en virtud del inc. 1 del art. 505 el perjudicado puede exigir que el contrato se cumpla, se le asigna la titularidad de un derecho a tal fin con indiferencia respecto a la eventual ineficacia del cumplimiento referido. En el ejemplo de Mitchell Polinsky, de acuerdo a nuestro derecho privado, C 1 tiene derecho a exigir a V que le entregue el artefacto aunque resulte más eficaz que V incumpla para vendérselo a C2. Como vemos, la solución que brinda nuestro código en este punto es la asignación de titularidad de un derecho con total indiferencia a los principios del AED. Al respecto diremos que dicha solución se inscribe en una concepción del con trato que halla el fundamento del mismo en la promesa y en su valor moral, en el sentido de que si quien prometió, entregar algo y otra persona aceptó recibir lo que se comprometió, esta última tiene derecho a exigir la entrega de lo prometido (18). Sin embargo puede ocurrir que V ya haya vendido el bien a C2, por lo tanto se encuentre imposibilitado de cumplir 6 pactado a C1. En tal caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación original, entra a jugar el inc. 3 del art. 505, el que confiere al dañado el derecho de que se le sustituya la prestación original por una indemnización de los daños y perjuicios que le provoca el incumplimiento de aquélla (19). Ello no obsta a que si el acreedor opta por exigir el cumplimiento del contrato pueda también adicionar a su pretensión los perjuicios que resulten del incumplimiento (20). Ello se encuentra claramente establecido en el art.1204 del C. Civil que en su 2do. párrafo dispone: “No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo

no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios”. A su vez el 4to. párrafo reza: “La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución”. Como se puede apreciar el art. 1204 instrumenta mediante dos tipos de acciones los derechos asignados al acreedor por los incs. 1 y 3 del art. 505, ya que el mismo puede exigir que se cumpla con la obligación a lo que puede agregar los perjuicios causados por la demora o que se resuelva la prestación originaria en la de resarcir los daños y perjuicios generados por el incumplimiento definitivo. De ello deducimos que en el primer supuesto amén de recibirse la cosa prometida se recibe una suma de dinero equivalente a los daños generados por el cumplimiento tardío. Así por ejemplo Cl recibiría el artefacto y además V debería abonarle lo que gastó en alquilar otro artefacto similar durante todo el tiempo de demora, con lo cual coloca a Cl en la misma situación en que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido en tiempo, por lo que estaríamos ante un supuesto asimilable a la acción por expectativas. También sería equivalente a la acción por expectativas el caso en que se resuelva la obligación y se demande por daños y perjuicios, en ese caso V deberá pagar a Cl la suma necesario para adquirir el artefacto más lo gastado por alquiler hasta obtener la suma antedicha. Sin embargo puede ocurrir que el artefacto no se consiga más en el mercado, en cuyo caso la acción por resolución comprenderá el reclamo del precio pagado por Cl con más los respectivos intereses durante el tiempo que se 'demore en devolverse la suma, más los gastos por confianza, como los generados en la reforma de un taller para instalar el artefacto. En tal caso estaríamos frente al supuesto de acción de resarcimiento en sentido estricto y un mero reclamo de daño emergente. Pero podría darse el caso en que el daño al interés negativo involucre también al lucro

cesante (21), como la pérdida de ganancias que se habrían recibido por trabajos ya prometidos a terceros a realizar con el artefacto. En el marco normativo del art. 1204 lo que parece improbable es que C se contente solamente con la acción restitutiva, a menos que el único perjuicio que haya experimentado fuera el pago del precio, cuya devolución más intereses reclamará a V, para el supuesto en que se resuelva la obligación.

Con relación a la extensión del resarcimiento de los daños en nuestro derecho existe una norma general -tanto para el ámbito aquiliano como para el negocial- que es la del art. 901 del C. Civil. El mismo establece una serie de definiciones de las distintas consecuencias que pueden suceder de un hecho. Así conceptualiza a las consecuencias inmediatas como las que acaecen según el curso natural y ordinario de las cosas, a las mediatas como las que resulten solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto y a las mediatas que no pueden preverse las denomina casuales. Por su parte la ley 17.711 introdujo un cuarto concepto, el de consecuencias remotas, expresando que “no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”, por lo que no son imputables. En realidad un sector de la doctrina ha entendido que se trata de “no consecuencias”, justamente porque no se da el elemento de causalidad entre el acto-causa y ellas (22).

En materia contractual, la que aquí nos ocupa, la extensión del resarcimiento en caso de incumplimiento está normado por los arts. 520 y 521 del C. Civil. El primero establece: “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”; mientras el segundo dispone: “Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas”. Como se puede observar la solución legislativa es distinta si se trata de un incumplimiento culposos o doloso. Si es meramente culposos se limita la responsabilidad a las consecuencias inmediatas, habiéndose señalado que se consagra así una excepción al principio de reparación integral

de los arts. 903 y 904 del C. Civil, amén de la injusticia que conlleva esta reducción de la responsabilidad. Es por ello que la doctrina ha “reinterpretado” el citado art. 520 en el sentido que el mismo no puede ser examinado aisladamente del art. 519 que computa entre los daños a resarcir en materia contractual “...el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor...”, de lo que se concluye que la referencia a la inmediatez y necesidad que efectúa el art. 520 no sería óbice para que en materia contractual sea indemnizable todo daño previsible, pudiéndose requerir así la indemnización del lucro cesante - consecuencia mediata-, distinto del valor objeto de la prestación (23). Es por ello que en la práctica la extensión del resarcimiento no difiere del caso de incumplimiento doloso (art. 521) o del de responsabilidad contractual objetiva (24), ya que en los tres supuestos se termina por reconocer todas las consecuencias mediatas en tanto sean previsibles.

Como se puede apreciar, esta interpretación, que se condice con la regla de la reparación integral lleva a que siempre se asigne titularidad para la acción por expectativas, ya que la misma es la única de las tres analizadas precedentemente que ubica a la parte cumplidora -C1- en la misma situación en que se habría encontrado si se hubiera cumplido el contrato, en cuyo caso no habría experimentado lucro cesante alguno. En cambio la acción por resarcimiento en sentido estricto sólo coloca al acreedor en la situación anterior al contrato, por lo que no siempre importa el reconocimiento de lucro cesante, ya que por ejemplo no contemplaría las ganancias que C1 pierde por no poder efectuar trabajos convenidos con posterioridad a la compra hecha a V para los que era imprescindible el artefacto prometido. Y desde ya menos aún contempla esta pérdida de ganancias la acción restitutiva. De allí que la moderna interpretación doctrinaria no se atiene a los criterios del AED, ya que conduce siempre a la elección de un tipo de acción. Y tampoco lo hacía la interpretación estricta del art. 520, ya que de la letra de dicha norma se desprende la reducción del resarcimiento a las consecuencias inmediatas, lo cual se compadece con la acción de resarcimiento en sentido estricto -daño emergente-, no por razones de eficiencia, sino de valoración de la conducta -

meramente culposa- del incumplidor; alcanzando el art. 521 a las consecuencias mediatas - asimilables a la acción por expectativas- en razón también de motivos morales -reprochabilidad mayor de la conducta dolosa del deudor- y no de razones económicas. Con todo es plausible considerar que la actual tendencia se aproxima al AED, ya que abandona rígidos cánones morales de valoración de la conducta del deudor, para brindar una solución desde la óptica del acreedor, siendo también previsible en muchos casos -aunque no necesariamente- que la acción por expectativas sea la más eficiente, ya que a mayor reparación integral para el acreedor es dable presumir una mayor valoración del bien por su parte. Sin embargo los principios en los cuales se basa esta idea del resarcimiento enfocado desde la víctima, más que estar pergeñados desde una visión economicista, lo están desde una concepción compensatoria en oposición a otra retributiva que pone énfasis en el reproche moral al victimario, tal como lo explica Rosenkrantz en la obra que citáramos más arriba (25). En esa línea interpretativa se comprende lo expuesto en cuanto a no diferenciar la extensión de la indemnización en base a la conducta culposa o dolosa del agente, de acuerdo a la actual interpretación del art. 520. Para finalizar diremos que en nuestro sistema el resarcimiento solamente se extiende a las consecuencias casuales en caso de que el deudor las haya tomado a su cargo expresamente (conf. art. 513 del C. Civil), es decir que se trata de un caso de responsabilidad “autorregulada” por las partes en el propio contrato.

V. Accidentes de automotor

En el campo de la responsabilidad extracontractual, un caso frecuente, susceptible de ser examinado desde el AED es el de los accidentes de tránsito. Mitchell Polinsky comienza por aclarar que aquí no es posible que las partes se sienten a negociar en aras de buscar una solución eficiente del conflicto, como sí era plausible en el caso de las inmisiones y de las obligaciones contractuales. La imposibilidad se debe a que no se conoce de antemano con quién negociar. A su vez parte del supuesto de que tanto peatones como conductores son neutrales al riesgo, que el costo esperado para el peatón se entiende

como la magnitud del daño producto del accidente multiplicada por la probabilidad de que el mismo se produzca y que sólo la velocidad de los conductores afecta el daño esperado de los peatones (26). En base a tales supuestos describe tres alternativas, según las cuales cuánto más rápido maneje el conductor -C-, más beneficios obtendrá pero también más perjuicios ocasionará al peatón -P-. Así en caso de conducción veloz, C tendrá un beneficio de \$120 y P un costo de \$100; si se conduce moderadamente C ganará \$ 80 y P perderá \$40; si la conducción es lenta C obtendrá \$50 y P sufrirá un costo de \$20. Consecuentemente la situación más eficiente será la de la conducción moderada, ya que en ella la diferencia entre ganancias y costos es mayor que en las otras dos alternativas, ampliándose así el beneficio total descontado el costo total (27). Añade que en un sistema de responsabilidad objetiva, según el cual C será responsable de las pérdidas que sufre P con independencia de su precaución al conducir, optará por conducir con moderación, ya que en esa situación obtendrá mayores beneficios (\$40), eligiendo la opción más eficiente. Mas es importante que el tribunal esté en condiciones de determinar los daños reales sufridos por P, ya que si los infravalora C optará por conducir velozmente y si los sobrevalora elegirá conducir en forma lenta (28). Y lo mismo acontece con un sistema de responsabilidad por culpa, siempre que la conducta “standard” requerida se identifique con la conducción moderada, ya que sólo absorberá los costos de P si conduce rápido. En consecuencia al no afrontar los daños de P si conduce en forma moderada o lenta, optará por realizar lo primero por cuanto así obtendrá mayores beneficios. Esto también dependerá de que el tribunal cuente con información para determinar la solución eficiente para elegir la conducta “standard” que corresponde a ella, ya que si ésta se identifica con la conducción veloz o lenta, C optará por tales conductas, eligiendo una alternativa ineficiente (29).

Al análisis descripto, añade otra variable, consistente en que la víctima también pueda influir en la posibilidad o magnitud del daño. Así plantea dos posibilidades para P, que camine o corra; así los valores asignados como costos de P se mantienen en caso de que camine y aumentan en \$ 10 en caso de que corra. En consecuencia si

camina, la situación no varía, por lo que la solución eficiente en cualquiera de los dos sistemas será la conducción moderada para C. Y si corre acontece lo mismo, ya que la diferencia entre beneficios de C y pérdidas de P se reducirá en \$10, correspondiendo siempre la diferencia más amplia a la hipótesis de conducción moderada (\$30). Sin embargo para P la elección más eficiente será caminar ya que el beneficio total se incrementa así en \$10. De allí que el sistema de responsabilidad objetiva llevará a C a comportarse eficientemente con independencia de la conducta asumida por P; pero como en tal sistema P será plenamente compensado ignorará el aumento de sus costos en \$10 en caso de correr, ateniéndose sólo al beneficio adicional de \$5 que le puede proporcionar asumir dicha conducta, por lo que decidirá correr. La solución a esta distorsión es admitir en el sistema de responsabilidad que el ofensor pueda eximirse aduciendo la contribución de culpa de la víctima (30). A la misma solución arriba un sistema de responsabilidad por culpa si la conducta “standard” esperada del peatón sea caminar, ya que en caso de correr, arrostrará siempre sus pérdidas, las que superarán en todos los casos el beneficio adicional de \$5. Como síntesis señala que, como en los accidentes el problema es inducir tanto al ofensor como a la víctima a adoptar las precauciones adecuadas, resultan eficientes tanto el sistema de responsabilidad por culpa como el de responsabilidad objetiva acompañado del criterio de compensación por culpas (31).

Otra variable que se agrega al examen del presente supuesto es la del nivel de actividad, vale decir la participación en la actividad origen del accidente por parte de conductores y peatones, a los fines de inducir a que dicha participación se dé en la cuantía adecuada. De tal manera los costos del accidente ahora no sólo dependerán de la velocidad a la que conduzca C sino también de la circunstancia de que el mismo conduzca mucho o poco. Supone en caso de que lo haga mucho que C obtendrá beneficios en \$20 más, mientras que las pérdidas de P también se elevarán pero a \$30. De ello se deduce que como los beneficios adicionales de conducir mucho para C son menores al aumento de costos para P, la solución eficiente es que C conduzca poco y aumentará al máximo sus beneficios si también lo

hace en forma moderada. Con un sistema de responsabilidad objetiva, como siempre habrá de hacerse cargo de los costos de P, C optará por la solución eficiente de conducir poco y moderadamente ya que así verá maximizadas sus ganancias. En cambio con un sistema de responsabilidad por culpa, sólo será negligente si conduce rápido, en cuyo caso como no absorberá los costos de P, verá maximizados sus beneficios si maneja moderadamente y mucho, por lo que el sistema es eficiente respecto a la precaución del ofensor pero no en cuanto a su nivel de participación en la actividad. Aún así, Mitchell Polinsky repara en que el nivel de participación en la actividad resulta muy difícil de determinar en la práctica por el tribunal (32). Finalmente el autor añade una variable más, consistente en los costos administrativos derivados de la resolución de los litigios que acarrear los accidentes.

Al respecto el sistema de responsabilidad por culpa disuade más a las víctimas de promover el pleito que el de responsabilidad objetiva, ya que si la conducta del ofensor satisface el “standard” de precaución exigida, tendrán menos posibilidades de éxito, lo que no acontece con el sistema objetivo, en el cual el ofensor siempre internaliza los costos del ofendido -salvo claro está, la eximición por compensación de culpas.

Pero también es cierto que el sistema de responsabilidad por culpa es más costoso a los fines de la resolución del caso particular, ya que además de determinar con exactitud los daños de la víctima y los beneficios del ofensor -lo único que se requiere en el sistema de responsabilidad objetiva-, el tribunal habrá de averiguar si el comportamiento del victimario se atuvo o no al “standard” prescripto (33).

Las soluciones que brinda nuestro derecho privado no difieren mayormente de las que el AED reputa como eficientes. En un primera etapa, anterior a la reforma de la ley 17711, la jurisprudencia predominante juzgaba los casos de accidentes de tránsito en general a la luz de la noción de la culpa contenida en el art. 1109 del C. Civil (34), el que en su primer párrafo establece: “Todo el que ejecuta un

hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”. De esa manera regía un sistema de responsabilidad basado en la culpa, por lo que la prueba de la misma incumbía al damnificado sin cuya demostración la demanda debía rechazarse; es más, dicha conclusión no se alteraba por las presunciones de responsabilidad establecidas en las leyes sobre tránsito, que eran consideradas solamente a los fines de las sanciones administrativas allí dispuestas (35). No obstante ello en el caso de colisión con un peatón se sostenía que debía juzgarse con mayor rigurosidad al conductor del automotor respecto al peatón, porque incorpora al tránsito una cosa peligrosa, de manera que sólo se considere que el peatón incurrió en culpa cuando ella resulte claramente acreditada (36). Es así que en el caso de “diferencia de masa” entre los “cuerpos” en colisión se introducía el factor objetivo del riesgo respecto del “cuerpo” con mayor “masa”, amén de las características mecánicas del automotor.

Con posterioridad a la reforma de la ley 17711, la jurisprudencia en materia de accidentes de tránsito se volcó en forma predominante hacia el sistema de responsabilidad objetiva con compensación de culpa como lo establece el art. 1113 del C. Civil que en , su segundo párrafo estipula: “En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (37). Como se aprecia, se aplica el factor objetivo de riesgo o vicio para el dueño o guardián, habiéndose extendido el concepto de “guardián” respecto de quien “tiene de hecho un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa” (38); o aún más, es guardián “quien se aprovecha, usa y obtiene un beneficio económico o personal, de placer o salvaguarda de sus intereses” (39). De esta forma se extiende la responsabilidad objetiva a todo aquél que se sirve o usa de alguna manera el rodado. Es así que todos los casos de accidentes

de tránsito son juzgados desde la óptica de la responsabilidad objetiva, no sólo los casos en que exista diferencia de masa entre los cuerpos colisionantes -como cuando es embestido un peatón o un ciclista-, sino también cuando se trate de un choque entre dos o más automotores, tal como lo estableciera el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal: “Valdéz, Estanislao F. c/ “El Puente S.A. y otro” (40). La norma referida deja a salvo la responsabilidad del dueño o guardián, manteniendo el elemento subjetivo de la culpa, en el caso de acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, consagrando el criterio de compensación de culpa dentro del sistema de responsabilidad objetiva. También se introduce el factor subjetivo en el último párrafo de la norma que reza: “Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

Por último diremos que en cuanto al “standard” de conducta prudente, la ley de tránsito vigente en la actualidad -24.449-, dispone determinadas conductas a observar respecto de la prioridad de paso (art. 41), el adelantamiento a otro vehículo (art. 42), uso de luces reglamentarias (art. 47) y velocidad (arts. 50 , 51 y 52). Respecto de esto último, los valores de velocidad máxima y mínima dependen de las circunstancias del caso -condiciones de la calzada, zona urbana o rural, calles, avenidas o autopistas-, pero en líneas generales se concluye en que el “standard” de velocidad requerido se corresponde con valores moderados. No existen reglas que exijan un determinado nivel de participación en el tránsito, en el sentido de considerar negligente a quien conduzca en forma excesiva o infrecuente. Respecto de los peatones, el “standard” de conducta es más benévolo ya que el art. 64 “in fine” expresa: “El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas de tránsito”.

La evolución de nuestra doctrina y jurisprudencia hacia un sistema de responsabilidad objetiva no encuentra motivaciones de índole económica, sino que se trató de una evolución desde la

concepción retributiva hacia otra concepción de carácter compensatorio, como explicáramos en el punto anterior. En efecto lo que se trata es de enfocar el daño desde la víctima y no desde el victimario, el cual en la responsabilidad objetiva, no responde por haber cometido una conducta reprochable, sino por ser quien tiene mayor control o influencia sobre una fuente de riesgos y como tal es quien soporta mayores y mejores razones para responder (41). En síntesis podemos concluir, que si bien a través de distintas valoraciones, la regulación de la responsabilidad en los accidentes de tránsito en nuestro sistema jurídico, coincide en sus soluciones prácticas con la respuesta brindada desde el AED.

VI. El seguro y sus consecuencias en el incumplimiento contractual y los accidentes de tránsito

En las hipótesis planteadas anteriormente de incumplimiento contractual y de accidentes de tránsito, se partía del supuesto de que las partes involucradas eran neutrales al riesgo, cuando en realidad las personas son generalmente aversas al riesgo, en el sentido de que ante la posibilidad de obtener en forma segura una suma de dinero y de ganar el doble con un cincuenta por ciento de posibilidades, preferimos lo primero. Una persona aversa al riesgo está dispuesta a conformarse con menos del valor esperado del riesgo. Así ante la posibilidad de ganar \$80.000 o nada en concepto de honorarios -con un beneficio esperado de \$40.000-, según la suerte del pleito, prefiere que se le asegure un monto \$30.000. Y también está dispuesta a pagar más del valor esperado del riesgo por evitarlo. Es el caso de quien ante la posibilidad de ser condenado a pagar \$80.000 por un accidente -con una pérdida esperada de \$40.000-, prefiere pagar \$45.000. De allí que el beneficio derivado de eliminar o reducir el riesgo deba ser incluido en el cálculo de eficiencia, el que se computa en la cuantía que la persona aceptaría con seguridad a cambio en el riesgo beneficioso - \$10.000-, o la mayor cantidad que estaría dispuesto a pagar para evitarlo en el riesgo perjudicial 45.000- (42). Un medio frecuente de eliminación del riesgo es el seguro. De tal manera en el caso del riesgo perjudicial, la persona asegurada paga una suma determinada a cambio

de quedar indemne plenamente en caso de materializarse el riesgo y también opera como seguro la suma menor que prefiere aceptar el profesional en lugar de esperar un beneficio mayor incierto. Un seguro que elimine completamente el riesgo puede tener efectos deletéreos, ya que no crea incentivos para realizar la conducta esperada. El abogado no se esmerará en trabajar a conciencia en el caso, así como el seguro contra todo riesgo producirá indiferencia en el asegurado, lo que derivará en la ausencia de cautela en sus acciones. Este problema de “azar moral” podría resolverse con el ajuste de la prima de seguro en base a la precaución del asegurado, en tal sentido se pagará más por la prima si se incurre en negligencia o descuido, pero en la práctica no es factible al asegurador controlar la conducta del asegurado. Las soluciones en la práctica consisten en contratar el seguro bajo la forma de una franquicia o un coseguro, según la cual el asegurador cubre parcialmente el riesgo, haciéndose cargo del resto el asegurado, quien encuentra así un incentivo para obrar diligentemente (43).

En nuestro ordenamiento jurídico existen distintas normas que plantean el tema del “azar moral”, si bien no relacionan la precaución del asegurado con la prima, aunque sí excluyen la cobertura en caso de determinadas conductas. Así la ley 17.418 dispone en su art. 70 que “El asegurador queda liberado si el tomador o beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado” y en forma concordante el art. 114 establece que “El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad”. Como se aprecia, estas normas se condicen con la idea esbozada precedentemente de no otorgar una cobertura total a fin de disuadir al asegurado de realizar conductas que desde el AED se juzgan ineficaces. Si bien podría pensarse que el móvil de las mismas se basa en una concepción retributiva que castiga al asegurado imprudente, es de resaltar que si sólo se tratara de punir la conducta reprochable debería quedar indemne la víctima del hecho dañoso desde una concepción compensatoria de la responsabilidad.

No obstante ello la defensa que habilita el artículo en favor de la aseguradora es oponible frente al damnificado (44). Dicha solución es indiciaria de la recepción de intereses económicos de las empresas aseguradoras. Con todo la última parte del art. 70 hace renacer la cobertura en atención a la falta de reproche moral de la conducta del asegurado, aunque la misma fuere ineficiente desde la óptica económica. En cuanto a las limitaciones cuantitativas el art. 61, 2da. parte de la ley 17.418 estipula que el asegurador responde sólo hasta el monto de la suma asegurada y el art. 62 prevé que puede requerir la reducción si la suma asegurada supera notablemente el valor actual del interés asegurado. También se ha receptado la franquicia, en cuanto se exige un mínimo que si no es excedido por el daño, éste debe ser absorbido por el asegurado y el descubierto obligatorio a los fines de procurar un cumplimiento más celoso del deber de prevención por parte del asegurado (45).

A fin de explicar nuevamente la hipótesis de incumplimiento contractual a la luz del concepto de aversión al riesgo, Polinsky plantea otra vez el caso del vendedor - V - y los dos compradores - C1 y C2-. A V le cuesta \$150 fabricar un producto determinado, C1 lo valora en \$200 y realiza un gasto por confianza de \$10, mientras que C2 lo valora entre \$0 y \$250. Por su parte, (como viéramos en el punto 4), el nivel de daños era como mínimo igual al precio pactado con C1 -acción reformativa- y como máximo el valor que C1 confiere al producto -acción por expectativa-. De tal forma V incumplirá sólo si C2 ofrece más de \$200, cualquiera fuere la acción a utilizar, el único problema a resolver lo representa la asignación del riesgo. Si C1 tiene aversión al riesgo y V es neutral al mismo, es deseable eliminar los riesgos impuestos a personas con aversión a él, así C1 debería estar asegurado y V soportar todo el riesgo, por lo que debería pagarle el beneficio que C1 espera -\$200- , quedándole como ganancia neta, dicha suma menos el precio pagado y los gastos por confianza, mientras el beneficio dependerá si se produce la oferta de C2, ya que en caso de darse su beneficio aumentará en \$50 -la diferencia entre la oferta de \$250 de C2 y el pago indemnizatorio a C1 de \$200-. En cambio si quien tiene aversión es V, el que debería soportar todo el

riesgo es C1 lo que se logra obligando a V a indemnizarlo con los \$250 de la oferta de C2, en cuyo caso, independientemente de si el contrato se cumple, el beneficio de V se mantiene invariable en la diferencia entre el precio contractual y el costo de producción, mientras que será incierto el beneficio de C1. Si ambos son aversos al riesgo, deberían compartir el mismo, lo que puede lograrse con un pago indemnizatorio de Va C1 que se ubique entre los valores arriba enunciados -entre \$200 y \$250-. Cuanto más aversión tenga C1, la indemnización se deberá acercar al beneficio de \$200 que espera, cuanto mayor aversión tenga V, la misma se acercará a los \$250 de la oferta de C2 (46). Para el caso de que C1 sea averso y V neutral al riesgo, la acción eficiente es la de expectativas, ya que coloca a C1 en la misma posición que en caso de haberse cumplido el contrato -se le indemniza con \$200-. Por el contrario, tanto la acción de resarcimiento en sentido estricto que retrotrae la situación de C1 a antes del contrato, como la de restitución que le permite recuperar el beneficio que le reportó a V, son ineficientes, porque siempre se ubicarán por debajo de los \$200 de beneficio esperado, ya que en un caso recibirá el precio pagado más los gastos por confianza, mientras que en el otro solamente el precio pagado. Distinta es la situación si V resulta tener más aversión al riesgo o que ambas partes la tengan. Para distribuir entre las mismas el riesgo se puede recurrir a la cláusula penal. Si V incumple C1 puede recuperar una cantidad de dinero acordada previamente, la que se liquidará de acuerdo a la asignación del riesgo contractual en base a la aversión relativa de las partes. El detalle que presenta la cláusula penal consiste en los costos adicionales que genera la negociación de la cláusula, que no está presente cuando el resarcimiento viene impuesto por un tribunal (47).

La solución que brinda nuestro ordenamiento, según hemos visto en el punto cuarto, se funda en el principio de reparación integral, de acuerdo a la interpretación extensiva que se efectúa del art. 520 del C. Civil, lo que importa sostener como acción general la de resarcimiento por expectativas. Ahora bien, nuestro código también prevé la posibilidad de que las partes pacten una cláusula penal -arts. 652 a 666-. De acuerdo al art. 652 del C. Civil existen dos

tipos de cláusula penal: la moratoria, prevista para el caso de retardo en el cumplimiento de la ejecución; y la compensatoria, que se estipula para la hipótesis de inexecución definitiva (48). El art. 653 otorga la alternativa de que la cláusula penal consista tanto en el pago de una suma de dinero como de cualquier otra prestación, con lo cual deja una amplia libertad a las partes para negociar el objeto de la misma. La función resarcitoria de la cláusula penal se explicita en los arts. 655 y 656. La primera de esas normas establece que la cláusula suplanta a la indemnización de perjuicios e intereses y que por lo tanto el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena fijada no es indemnización suficiente. En sentido concordante el primer párrafo del art. 656 releva al acreedor de la prueba de haber sufrido perjuicios y no lo hace respecto del deudor aunque éste acredite que la otra parte no experimentó daño alguno. Es decir que el régimen de la cláusula penal importa una apartamiento del principio general de la reparación integral de acuerdo a los daños realmente acreditados, de allí la importancia que las partes deben conferir a las alternativas de incumplimiento a fin de negociar un monto adecuado de cláusula penal. No obstante ello el segundo párrafo del art. 656, producto de la reforma de la ley 17.711, trae una norma morigeradora del principio absoluto de la fijación de daños mediante la cláusula penal, que juega en favor del deudor y no del acreedor. En efecto, la norma faculta a los jueces a reducir el monto de la cláusula cuando resulte desproporcionado con la gravedad de la falta que sanciona, el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso y ello configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor. De allí que se atenúa el principio de inmutabilidad de la cláusula penal, el que se funda en razones de orden práctico: evitar ulteriores discusiones respecto de la cuantía del daño y acatar la libre voluntad de las partes (art. 1197 del C. Civil) (49). En verdad este último motivo no es una mera razón práctica sino que importa consagrar el principio de la autonomía moral de la personas (50). Sin embargo el segundo párrafo del art. 656 quebranta este principio, no sólo porque acuerda al juez la facultad de inmiscuirse en un tema que las partes acordaron libremente, lo cual puede justificarse por razones de equidad, sino que permite dicha intervención en favor de una sola

de las partes -el deudor-, con lo cual se trata al mismo como una parte débil, cuando también el acreedor puede ser en algunas contrataciones quien se encuentre en la posición más endeble. Evidentemente la norma parte del supuesto de que la parte incumplidora por lo general se encuentra en inferioridad de condiciones al negociar la pena. Con todo nuestra jurisprudencia y doctrina se ha apartado del esquema rígido de la inmutabilidad de la cláusula aún en el caso del acreedor, a quien se lo autoriza a reclamar daños adicionales cuando los mismos no hayan sido previstos cuando la misma es ínfima y cuando existe incumplimiento doloso del deudor, lo cual refleja la tendencia de nuestra tradición jurídica de intervenir en los contratos en virtud de principios de equidad, buena fe e incluso de reproche moral -caso del dolo- (51). No obstante tanto la norma del segundo párrafo del art. 656 como esta interpretación pueden jugar un rol funcional desde el AED, ya que de esa manera se legitima la intervención judicial a fin de encontrar una solución eficiente cuando la negociada por las partes no lo es.

En materia de accidentes de tránsito, el análisis desarrollado por Mitchell Polinsky que comentáramos en el punto precedente partía del supuesto de que tanto el conductor como el peatón eran neutrales al riesgo. En este nuevo enfoque, al introducirse la hipótesis de aversión al riesgo, no sólo importa la velocidad a la que circula el conductor -C-, sino también la probabilidad concreta y la magnitud del daño. Así podríamos tener las siguientes situaciones: la pérdida esperada por P si se produce el accidente es de \$ 10.000, si C conduce rápido la probabilidad del evento es de 1 en 100 por lo que el costo esperado es de \$ 100, si conduce moderadamente es de 1 en 250 siendo el costo de \$ 40 y si conduce lento es de 1 en 500 por lo que el costo es de \$ 20. Si ninguna de las partes está en condiciones de contratar un seguro, sólo habrá que considerar los sistemas de responsabilidad. Un sistema de responsabilidad objetiva enrostrará toda la responsabilidad a C -\$10.000-, por lo que es eficiente si P es averso al riesgo. En cambio el sistema de responsabilidad por culpa que endilga la responsabilidad a C sólo si no realiza el “standard” de conducta requerido, hará absorber el costo a P, por lo cual es

eficiente en caso de que C tenga aversión al riesgo. Como lo usual es que ambas partes tengan aversión al riesgo, un sistema intermedio que permita compartir los riesgos podría ser el de responsabilidad objetiva con la modalidad de que C asuma la mitad de los daños de P -\$ 5.000- (52). En caso de que sea posible la contratación de un seguro ideal, en un sistema de responsabilidad objetiva el peatón no tiene necesidad alguna de pagar un seguro personal de accidentes. En cambio el conductor adquirirá una póliza de seguro de responsabilidad civil completa, que al cubrirle el costo esperado de su responsabilidad, le cobrará una prima igual a este costo, por lo cual C elegirá conducir moderadamente ya que de esa manera obtendrá la mayor diferencia entre los beneficios esperados de su conducta y el costo de la prima. Se concluye así que con un sistema de responsabilidad objetiva el seguro ideal es eficiente. Y lo mismo ocurre con un sistema de responsabilidad por culpa, ya que en tal caso C sólo se asegurará si conduce rápido lo que encarecerá el costo de la prima, por lo que optará por conducir moderadamente (53). Sin embargo la situación real es que resulta imposible contratar un seguro ideal debido al problema del azar moral, por lo que la póliza de seguro no brindará total cobertura ya que el asegurador no puede controlar la conducta del asegurado. Polinsky entiende que como la prima no puede depender de la precaución del conductor-, un sistema de responsabilidad objetiva combinado con una cobertura completa será ineficiente porque C no tendrá incentivo para no conducir rápidamente; y también es ineficiente con una cobertura incompleta porque C absorberá ciertos riesgos y en general no adoptará la precaución suficiente. Por el contrario un sistema de responsabilidad por culpa será eficiente ya que C sólo contratará el seguro si decide conducir rápidamente pero al ser la prima muy elevada elegirá conducir moderadamente, por lo que resulta irrelevante que el asegurador no pueda controlar la precaución de C. De esta manera P asumirá sus costos, pero como él no influye en la probabilidad o magnitud de la pérdida, no habría inconveniente en contratar un seguro de accidentes personal con cobertura plenas (54).

Ya hemos dicho que la solución que nuestro derecho brinda en materia de accidentes de tránsito parte de un sistema de responsabilidad objetiva con compensación por culpa -art. 1113, 2do y 3er. párrafos del C. Civil-, por lo cual a la luz de las reflexiones de Polinsky, nuestro ordenamiento se desentiende de la solución eficiente desde el AED en cuanto a combinar el sistema de responsabilidad con la contratación del seguro, ya que ésta no opera como modificatoria del sistema de responsabilidad. Sólo habremos de agregar que el art. 68 de la ley 24.449 establece respecto de todo automotor acoplado o semiacoplado el seguro obligatorio que cubra eventuales daños causados a terceros transportados o no, el cual por imperio de las normas de la ley 17.418 puede contemplar limitaciones cuantitativas como eximentes de cobertura motivadas en la conducta del asegurado como vimos en párrafos anteriores. Con relación al seguro de accidentes personales es de destacar que la ley 17.418 también aporta normas que imponen al asegurado reducir las consecuencias del siniestro (art. 150) y que eximen de responsabilidad al asegurador en caso de que el beneficiario del seguro provoque el accidente dolosamente o por culpa grave, o lo sufre en una empresa criminal (art. 152), con lo cual se da la solución análoga que brinda el art. 114 con relación al asegurado en el seguro de responsabilidad civil.

Resulta interesante a los fines propuestos comentar la normativa del Decreto 260/97, relacionado con el seguro del autotransporte público de pasajeros. El art. 1 declara en estado de emergencia a la actividad aseguradora del citado sector por el término de 36 meses desde la publicación del decreto. El art. 2 dispone que el pago de las sentencias firmes en procesos que tengan por objeto la determinación de los daños y perjuicios producidos por vehículos afectados y en ocasión de la prestación del autotransporte público de pasajeros, se abonará en 60 cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con un plazo inicial de gracia de 6 meses, agregando que en caso de que la cuota mensual resultare inferior a la suma de \$ 1.000, se reducirá el número de cuotas hasta alcanzar dicho valor. El art. 3 establece una disposición análoga para el pago de las costas y demás accesorios de la condena impuesta en la sentencia, y el art. 4 veda

toda medida ejecutoria o precautoria que afecte la prestación del servicio y actividad en cuestión durante el período de la emergencia. Más allá de que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias se han pronunciado por la inconstitucionalidad del citado decreto, en cuanto viola las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y propiedad (55), resulta sintomático que las motivaciones de la norma son de índole económica. En efecto, en los considerandos del decreto se hace alusión al notable incremento de las demandas judiciales por resarcimiento de daños provocados por accidentes de tránsito, que se calculan en 27.000 pleitos con un monto estimado en los \$600.000.000, así como la imposibilidad de que las compañías aseguradoras puedan hacer frente a tales reclamos y la necesidad de proteger a los 9.000.000 de personas que se trasladan diariamente en el país mediante el servicio de autotransporte público. De ello se colige que los autores del decreto han considerado más eficiente trasladar los costos de los accidentes a las víctimas -al menos los costos de tiempo y modo de percibir sus indemnizaciones-, ya que de lo contrario se corre el riesgo de un colapso del sector asegurativo en cuestión con el consiguiente riesgo para la actividad de autotransporte asegurada y los usuarios de dicho servicio. Como decreto de necesidad y urgencia, tiende a brindar una solución temporaria, en el corto plazo, sin atacar el problema con soluciones de fondo. Esta norma se inscribe como una herramienta más, dentro del movimiento jurídico y legislativo que encuentra conveniente limitar las indemnizaciones por responsabilidad civil, ya sea en el modo de efectuarse su pago o con topes legales, etc., lo cual se encuentra muy ligado a las continuas crisis en las que se desenvuelve el sector asegurativo. Al respecto se ha considerado que cuando la responsabilidad recae sobre empresas prestatarias del servicio de transporte, en principio es posible disponer de cierta información para estimar riesgos y mecanismos de control de los mismos (56). Por ejemplo la probabilidad de accidentes se incrementa en la medida en que el nivel de producción aumenta y supera el nivel óptimo de funcionamiento de la empresa, por lo que las reglas de determinación de la responsabilidad deberían incluir como un hecho determinante de la atribución de la misma el nivel de producción en el que opera la

empresa. Por su parte en el caso de la responsabilidad extracontractual el riesgo, generalmente no es susceptible de control por parte de la víctima, por lo que una limitación de la responsabilidad importa restricciones a garantías constitucionales y en la responsabilidad contractual -frente al pasajero- si se limita la responsabilidad y no se informa al consumidor del servicio respecto de los riesgos, las empresas no tendrán incentivos para invertir en precaución (57). Las limitaciones a la responsabilidad muchas veces se encuentran motivadas en los casos de daños extremos -incapacidad de una víctima millonaria-, los que normalmente son estadísticamente muy reducidos, pudiendo ser fácilmente absorbidos por los sistemas de reaseguro. Si los topes son significativamente bajos es dable interpretar, como dicen Álvarez, Gregorio y Highton, que se están trasladando riesgos habituales al pasajero y a la víctima en general, y por ende, generando la necesidad de contratar seguros de vida o lesiones, limitándose la libertad de tránsito; pudiendo ser tan ineficientes como una regulación de precios máximos, implicando en la práctica una reducción mínima del costo del seguro y un aumento del número y complejidad de la litigiosidad (58). Los autores mencionados concluyen que a los fines los incentivos para la prevención, la limitación generalizada de la indemnización no resultaría eficiente, pudiendo optarse como alternativas la fijación de daños punitivos, con un régimen de reglas claras para determinar la responsabilidad y en particular la negligencia, complementados con un esquema de primas variables o personalizadas basado en la historia personal del asegurados (59).

VII. La exigibilidad del derecho

El análisis que realiza Mitchell Polinsky en su obra continúa con el planteo de una hipótesis diversa a las que venía desarrollando precedentemente. En ellas la cuestión giraba en torno a la elección de las normas jurídicas adecuadas para resolver un litigio, en base a las cuales la víctima de un daño podía ejercitar una acción contra el ofensor para hacer exigibles sus derechos. En el planteo que propone a continuación la exigibilidad del derecho no depende al menos

exclusivamente, de la víctima, sino del estado. Al respecto toma el ejemplo del estacionamiento en doble fila, imaginando una ciudad con un parque automotor muy elevado, por lo cual es difícil encontrar lugar para estacionar, por lo que la gente lo hace de vez en cuando en doble fila. Esta práctica, obviamente, acarrea dificultades en el tránsito, originando un costo a los demás conductores de \$10 por cada estacionamiento en doble fila. Por su parte los beneficios que la maniobra proporciona a quienes la ejecutan pueden ser relativamente reducidos -menos de \$10- o relativamente grandes -más de \$10-. Sugiere el supuesto según el cual sólo 100.000 personas de los varios millones de habitantes de la ciudad obtienen beneficios anuales superiores al costo de \$10; por lo que lo ideal sería que sólo se produjeran esos 100.000 casos. Continúa sugiriendo que el municipio baraja la posibilidad de establecer multas por doble estacionamiento y que la multa más alta equivaldría a la fortuna de cada infractor que determina en \$10.000. A su vez tiene tres opciones de contratación de inspectores de tránsito: contratar diez inspectores a un costo anual de \$500.000 con lo cual se multarán todas las infracciones que se produzcan; contratar un inspector con un costo de anual de \$50.000, con lo que se controlará a uno de cada diez infractores; y contratar un inspector en forma esporádica con un costo anual de \$500, controlándose a uno de cada mil infractores (60). Si el municipio quiere evitar solamente las infracciones ineficientes habrá que considerarse si los ciudadanos son neutrales o aversos al riesgo. Si son neutrales sólo compararán el beneficio que le proporcione la infracción con la multa esperada -multiplicada por la probabilidad de ser descubierto-. Para disuadir las infracciones ineficientes -las que brindan beneficios inferiores a \$10-, la multa esperada debe ser igual a \$10, ya que si fuese mayor a \$10 se disuadirían las infracciones eficientes y si fuera menor a \$10 no desalentaría las violaciones ineficientes. Si la posibilidad de detección es total la multa deberá ser de \$10, ya que esa será la multa esperada; si sólo se detectara uno entre diez infractores debería fijarse la multa en \$100 para que la esperada sea de \$10; y si se detectara sólo un infractor en mil la multa debería establecerse en \$10.000 para que la esperada se siga manteniendo en \$10. Como en los tres casos la multa esperada es eficiente - \$10- al

municipio le conviene gastar lo menos posible en la detección, de allí que debería elegir por contratar a un inspector en forma esporádica por \$500 anuales, fijar la multa en \$10.000 y detectar a uno entre mil infractores. La conclusión del autor es que este sistema de multa es casi inexistente, ya que difícilmente se establezca una multa equivalente a la fortuna del infractor, y ello es consecuencia de que en realidad se toma en cuenta la aversión al riesgo de la gente, ya que ésta es la conducta usualmente observada (61). En la hipótesis de que las personas sean aversas al riesgo, si la detección es segura, la aversión deviene intrascendente, por lo que la disuasión óptima se lograría con una multa de \$10 como en el caso de neutralidad. Si la detección no es segura, sólo se estacionaría en doble fila si el beneficio que el infractor obtuviese excediera la cuantía de dinero que estaría dispuesto a pagar con seguridad para eludir el riesgo de la multa. Mitchell Polinsky llama a esa cuantía «equivalente de certeza de la multa». Si la probabilidad de detección es de 1 en 10 y la multa de \$100, la multa esperada será de \$10. El neutral al riesgo cometería la infracción si el beneficio que logre fuere mayor a \$10, como vimos más arriba, pero el averso estaría dispuesto a pagar más para evitar la multa, por ejemplo \$11. De esa manera sólo se estacionaría en doble fila si el beneficio reportado fuera de \$11, pero como el costo que la infracción causa a los demás es de \$10, habría pocos casos de infracción. Esta situación puede revertirse con una disminución de la multa esperada en \$9 -\$90 en una probabilidad de detección de 1 en 10-, de esa manera si una persona aversa al riesgo estuviese dispuesta a pagar \$10 para evitar la multa, sólo cometería la infracción si el beneficio a obtener superase los \$10, con lo que se logra la solución eficiente. La conclusión es que en caso de aversión al riesgo la multa óptima resulta ser inferior que para el individuo neutral, sino se «hiperdisuadiría» al averso (62). En el caso de aversión el sistema óptimo de exigibilidad de la ley ya no es como en caso de neutralidad aquél que tenga baja probabilidad de detección y multa más alta, porque de esa manera se impone un mayor riesgo a los infractores, cuando lo deseable es reducir el riesgo. Ello se puede obtener aumentando la probabilidad de detección y reduciendo la multa, creándose así un conflicto entre el «costo de ejecución del

sistema» y el «costo de soportar el riesgo». La probabilidad óptima de detección es la que reduce al mínimo la suma de tales costos.

En consecuencia, la conclusión a la que arriba Mitchell Polinsky es que cuando los individuos son aversos al riesgo, el sistema eficiente de exigibilidad de la ley es aquél en el que la multa no sea en general lo más alta posible y el nivel de detección no sea en general tan bajo como en el caso de neutralidad al riesgo (63).

La ley nacional de tránsito -24499- prevé la sanción de multa para el caso de diversas infracciones, entre las cuales encontramos genéricamente, incluido al estacionamiento en doble fila. El art. 84, 3er párrafo, dispone la sanción de multa para las infracciones contempladas en el art. 77, incs. a) a h). Entre tales incisos el estacionamiento en doble fila puede considerarse comprendido en los dos primeros. El inc. a) establece que constituyen faltas graves «Las que violando las disposiciones vigentes en la presente ley y su reglamentación, resulten atentatorios a la seguridad del tránsito» y el inc. b) en tres apartados establece lo mismo para «Las que: 1. Obstruyan la circulación, 2. Dificulten impidan el estacionamiento y/o la detención de los vehículos del servicio público de pasajeros y de emergencia en los lugares reservados. 3. Ocupen espacios reservados por razones de visibilidad y/o seguridad». Por su parte la prohibición del estacionamiento en doble fila surge tácitamente del art. 49, que en su inc. a) establece que debe estacionarse paralelamente al cordón, y en su inc. b) 1 que prohíbe el estacionamiento en todo lugar donde se pueda afectar la seguridad, visibilidad o fluidez del tránsito o se oculte la señalización. Del elenco de normas citadas podemos concluir que el estacionamiento en doble fila puede ser considerado falta grave si resulta atentatorio a la seguridad del tránsito (art. 77, inca), si obstruye la circulación (art. 77, inc. 6.1) o si dificulta o impide el estacionamiento y/o la detención de los vehículos del servicio público de pasajeros y de emergencia en lugares reservados (art. 77, inc. b.2). Por lógica consecuencia, cuando no tenga los referidos efectos, la infracción de doble estacionamiento será considerada falta leve. Dicho esto, la multa variará según se trate de falta leve o grave. En primer

lugar diremos que el valor de la multa se determina en unidades fijas que la ley denomina UF, equivalentes al menor precio de venta al público de un litro de nafta especial, precio que hasta el paralelo 42° ronda en \$1 y debajo del paralelo 42° en \$0,50, diferencia que no interesa analizar en este momento. El art. 84, 3er. párrafo impone una multa máxima de 100 UF en caso de falta leve y de 1.000 UF si se trata de falta grave. Dichas cantidades se elevan si la responsabilidad recae sobre los propietarios a 500 UF y 5.000 UF respectivamente. Ante todo podemos extraer ciertas conclusiones. Parecería que al penalizarse más severamente las faltas graves, la norma se desentiende de todo enfoque económico, no importando la eficiencia de la infracción sino su gravedad. Con todo no debemos olvidar que la eficiencia de la infracción no sólo se relaciona con el beneficio aportado al infractor sino también con el costo que causa a los demás, por lo tanto el concepto de gravedad receptado en nuestra norma no es del todo ajeno al de eficiencia del AED, ya que las faltas más graves son las que causan mayores costos a los demás, por lo que la elevación de la multa en tales casos también tiene como efecto que sólo infrinjan la prohibición quienes obtengan beneficios más altos, lo cual se condice con el concepto de eficiencia. Otro tanto puede expresarse del último párrafo del art. 84 en cuanto prevé mayores valores de multa para el caso de reincidencia en la infracción, ya que dados los mayores costos que se ocasionan por la reiteración de la conducta, la elevación de la multa hará que sólo incurran en ella quienes la valoren por encima de la sanción. Desde ese mismo punto de vista pueden reputarse funcionales al AED las normas de los arts. 79 y 80 que contemplan las hipótesis de atenuantes y agravantes, dada la escasa o mayor repercusión de la falta en la esfera de terceros. Cabría excluir de la mentada «funcionalidad» los incs. b y e del art. 80 que establece agravantes, no en función del daño o «costo» ocasionado, sino en virtud de la reprochabilidad de la conducta del infractor, trasuntando de esa manera elementos de una concepción retributiva de la responsabilidad. Por su parte el art. 78 que establece las eximentes de la sanción, en su inc. a) resulta eficiente desde el AED ya que exige en caso de necesidad debidamente acreditada con lo que permite la infracción en caso de que el beneficio reportado sea considerable; más

no ocurre lo mismo con el inc. b) que consagra la eximente para quien no pudo evitar cometer la falta, circunstancia que es ajena al concepto de eficiencia. Donde tampoco se advierte armonía con los preceptos del AED es en el mayor valor fijado por el art. 84, 3er. párrafo, para el caso de los propietarios de los rodados, ya que no existe necesario paralelismo entre la titularidad del vehículo y los beneficios extraídos de la infracción.

Mitchell Polinsky finaliza este capítulo de su obra expresando que existen actividades perjudiciales en las cuales los beneficios derivados de su realización nunca son superiores a los costos que imponen a otras personas, como es el caso de delitos graves como aquellos contra la integridad física y la vida o conducir en estado de ebriedad. Para estas actividades el número óptimo de personas que participen en ellas es cero. El sistema óptimo sería aquél en el que la multa fuese lo más alta posible y la probabilidad fuese correspondientemente reducida aunque los individuos fueren aversos al riesgo. Por último prevé una circunstancia representada por los eventuales errores en el sistema de exigibilidad de la ley, con lo cual la probabilidad óptima de detección debería ser más alta y la multa óptima más baja a fin de reducir los costos (64). Respecto de esta última consideración que efectúa el autor, podemos manifestar que se encuentra parcialmente acogida en la ley 24.449, en su art. 86. Dicha norma prevé la sanción de arresto, entre otros casos, para quien conduzca en estado de intoxicación alcohólica o por estupefacientes (inc. a); para quien participe u organice en la vía pública, competencias no autorizadas de destreza o velocidad con automotores (inc. d); para quien ingrese a una encrucijada con semáforo en luz roja a partir de la tercera reincidencia (inc. e); y para quien cruce las vías del tren sin tener el paso expedito (inc. f).

VIII. Mercados competitivos

Mitchell Polinsky analiza desde el AED el caso de los mercados competitivos. Define mercado competitivo como aquél en el que hay varias empresas que producen el mismo artículo y varios

consumidores que lo adquieren. En el mismo, cada fabricante como cada consumidor cree que no tiene control alguno sobre el precio dado que suministra y compra sólo una pequeña fracción de la producción. Da por sentado además el supuesto de que las empresas que están compitiendo en el mercado tienen libertad de abandonarlo si sus beneficios son mejores en otra parte y las que desean ingresar al mismo tienen libertad de incorporarse al sector si les es más provechoso que otras alternativas de producción. Cuando todas las empresas que quieren abandonar el sector y todas las que desean ingresar al mismo lo han hecho, se considera que la industria en cuestión está en «equilibrio a largo plazo». En tal situación el precio del producto será igual a su costo de producción. Explica esta aseveración con el siguiente ejemplo. Se trata de la fabricación de cortadoras de césped en las que el costo de producción por unidad sea de \$100. Si el precio de venta fuese inferior a esa cantidad no sería provechoso producir en el sector y de esa manera las empresas se retirarían. En cambio si el precio fuese superior al costo, el provecho existente en el sector atraería a otras empresas que se incorporarían, esto aumentaría el suministro de cortadoras de césped y el precio comenzaría a bajar. Mientras el precio exceda el costo de producción, las empresas seguirán incorporándose y el precio continuará bajando, de allí que en equilibrio el precio no superará los \$100. En esta situación la empresa no gana ni pierde, lo que no significa que no reciba ninguna compensación la que se incluye en el costo de producción (65).

Otro principio de los mercados competitivos es que si se tienen en cuenta todos los costos relevantes, un mercado competitivo conducirá a la solución eficiente. Explica el mismo recurriendo al ejemplo anterior. Señala que habrá quien valore más o menos las cortadoras de césped según la utilidad que le represente. Si el precio de las cortadoras es de \$150, quien las valore en \$125 no la comprará, lo que es ineficiente ya que el beneficio del artículo supera en \$25 su costo de producción. Y si el precio es de \$75, quien la valore en \$85 la adquirirá, lo cual también es ineficiente ya que su beneficio es inferior al costo en \$15. Esto lleva a la conclusión de que si se asigna a un

artículo un precio superior a su costo de producción, ciertas personas que valoren el mismo por encima del costo no lo podrán adquirir; y si se le asigna un precio inferior al costo de producción, ciertas personas que lo valoran por debajo del costo lo adquirirán, siendo ambas situaciones ineficientes. El resultado eficiente se obtiene si el precio es igual al costo, por lo que sólo lo comprarán quienes lo valoran más que su costo de producción. De allí que un mercado competitivo conducirá a un resultado eficiente (66).

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con diversas normas destinadas a promover la competencia en el mercado. Ya a nivel constitucional el art.42 de la Carta Magna, que consagra los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su 2do. párrafo establece que: «Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, ya la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios». Como se puede apreciar el citado texto marca una Fuerte tendencia dirigida a la defensa de la competencia en el mercado, siendo la telésis de dicha defensa la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. De esto se deduce que en la norma comentada existe un fundamento de filosofía política, en cuanto el objetivo de la misma es la garantía de los derechos mencionados, y el mercado competitivo encuentra su defensa no en cuanto finalidad en sí misma del texto normativo, sino en tanto resulta la herramienta eco-nómica idónea para que no se avasallen los mentados derechos. Lo cierto es que más allá de la existencia de un fundamento de raíz, más profunda que la meramente económica, la solución del artículo constitucional referido resulta compatible con el AED, desde que la libre competencia en principio garantiza el precio más acorde a las necesidades del público consumidor, ya que si un bien es muy requerido, esto atraerá la incorporación de inversores en el sector con la consiguiente reducción del precio. Con todo cabe considerar que la norma no proclama una irrestricta libertad de mercado, ya que se ha entendido que la misma

autoriza y «apuntala la presencia del estado para evitar desigualdades injustas y para mantener -o recuperar, si es preciso- el equilibrio en las relaciones comerciales de consumidores y usuarios» (67). De esa manera el estado podría inmiscuirse en acciones, que en principio toma el propio mercado, como la fijación de los precios en el caso de tratarse de bienes de extrema necesidad, a fin de asegurar la incorporación de ciertos sectores de la población, que de otra manera se verían marginados del consumo de los mismos.

Dentro de los textos legales vigentes en nuestro ordenamiento que se relacionan con la promoción de los mercados competitivos, encontramos la ley 22.262, llamada de Defensa de la Competencia. La misma en su artículo 1 prohíbe los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Como se puede apreciar se trata de una norma genérica que tiende a la protección de la competencia en cuanto al mercado abierto y plural, vedando aquellas conductas limitativas de dicha apertura y pluralidad, y señalando en especial las conductas que ocasionan tales resultados perniciosos como consecuencia de una posición más privilegiada o más fuerte de un competidor respecto de los demás. El artículo 2 en sus dos incisos efectúa una suerte de definición de «posición dominante», previendo en el primer caso la situación de monopolio y en el segundo de oligopolio. El artículo 4 asigna la titularidad de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios a los damnificados por las conductas distorsionadoras de la efectiva competencia. Los artículos 6 a 16 regulan la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, organismo que actúa como tribunal administrativo a los fines de instruir las actuaciones pertinentes en caso de infracción a la ley, normándose dicho procedimiento instructorio en los artículos 17 a 31, estableciéndose la continuación del mismo mediante la elevación de lo actuado a la Justicia Federal o del Fuero Penal Económico, según la jurisdicción territorial. Finalmente el artículo 41 tipifica las conductas posibles de sanción y el 42 establece las sanciones comprensivas de

prisión, multa y la complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio.

Otra ley de objeto similar a la precitada, en cuanto también tiende a la defensa de la competencia y a la transparencia en el mercado es la Ley de Lealtad Comercial -22.802-. El art. 1 establece los requisitos mínimos respecto de las indicaciones que deban llevar impresos los frutos y productos que se comercialicen en el país, lo cual hace evidentemente al deber de informar al público consumidor y evitar al error, engaño o confusión, lo que es prohibido por los arts. 5 y 7, y reafirmado como deber por el art.6. Tales normas podrían ser justificadas desde una concepción retributiva en el sentido de reproche por la conducta asumida, o desde una concepción compensatoria en cuanto busca evitar redimir el daño que dicha conducta ocasiona. Pero a la luz de lo comentado desde el AED, tales normas también son funcionales desde dicho enfoque, en tanto se hallan justificadas por la competitividad y transparencia en el mercado. Esto también se aprecia en los arts. 9 y 10 que prohíben la captación engañosa de consumidores mediante publicidad inexacta o promoción mediante premios. Finalmente el resto del articulado regula el procedimiento de verificación de las infracciones (art. 17) y el sancionatorio respecto de quienes incurran en las mismas (arts. 18 y sgtes.), estableciéndose las sanciones de multa y decomiso. En forma más incidental, podemos considerar a la ley 24.467 de «Régimen para pequeñas y medianas empresas», también como una herramienta más en pos de favorecer la competitividad del mercado, facilitando la incorporación de inversores en determinados sectores productivos, ya que tiende a promover el crecimiento y desarrollo de tales empresas (art.1). Desde una determinada postura es dable considerar que la facilitación del acceso al crédito de tales empresas mediante bonificaciones solventadas por el estado (arts. 3, sgtes.) y las facilidades otorgadas a las mismas a los fines de la contratación laboral (arts.83 a 104), importan la intromisión del estado en el mercado para favorecer a un determinado sector de la producción, el cual de esa manera estaría compitiendo en condiciones más favorables que el resto y así el estado subsidiaría la ineficiencia de tales empresas. En una posición contrapuesta la ley estimula la

competencia al permitir la nivelación entre determinadas empresas de un sector, ya que las PYMES por su estructura, no pueden hacer frente a ciertos costos, evitando así la formación de monopolios u oligopolios que distorsionen el mercado.

Por último diremos que la jurisprudencia de nuestros tribunales es escasa en materia de competencia desleal, habiéndose considerado que una razón de ello está dada por lo sumamente difícil que resulta la prueba de los daños ya que el bien jurídicamente protegido es el derecho de propiedad sobre la clientela (68), amén de la dificultad de la prueba de la relación de causalidad (69). Al respecto se consideró actos de concurrencia desleal a los dirigidos a atraer directa o indirectamente clientes ajenos o a impedir, directa o indirectamente la afluencia de clientes. En cuanto al factor de atribución se ha entendido que es el dolo o la culpa, por lo que la responsabilidad se ha mantenido en este tópico dentro del sistema subjetivo de culpabilidad del art. 1109 del C. Civil. Es relevante la hipótesis de la publicidad comparativa, la misma en principio fue considerada aceptable, sólo cuando destaca los méritos de una mercadería frente a todas las demás en general, pero no cuando las individualiza designándolas por su marca y características (70). Sin embargo la jurisprudencia ha evolucionado admitiendo dicha publicidad, cuando la referencia de la marca ajena es una actitud legítima, lo que ocurre cuando se reconoce que es otro el titular y no se trata de denigrarla o desacreditarla o no se induzca a engaño (71). En definitiva parece triunfar la postura que dentro de los citados límites admite a la publicidad comparativa como lícita y afirma que «en la puja de derechos que implica la publicidad comparativa, el derecho del empresario a informar, y el del consumidor a ser informado, prevalecen sobre el derecho a la marca y nombre del competidor» (72). Y esta tesis resulta funcional al AED, ya que la defensa del derecho a la marca se subordina a la defensa del derecho a la competencia, la que involucra fundamentalmente el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la libertad de elección, tal como lo establece el art. 42, 1er. párrafo de la Constitución Nacional.

IX. Control de la contaminación

El siguiente caso con el que continúa el análisis de Polinsky es el del control de la contaminación. Para ello parte también de determinados supuestos: los contaminadores son empresas de una industria competitiva en equilibrio a largo plazo, las mismas emiten contaminación atmosférica, afectando a viviendas y las víctimas no son consumidores del producto que fabrican las empresas. El nivel de contaminación se reduce con un proceso de filtrado que a su vez aumenta el costo de producción. El filtrado aumenta el costo de producción por unidad de \$ 100 a \$ 115, pero reduce los daños a las víctimas, también por unidad, de \$40 a \$10, con lo cual la solución eficiente es la de producir con el filtrado de humos, ya que de esa manera, el costo de la producción se ve reducido de \$140 a \$125. Dado lo explicado en el punto anterior, el producto debería ser consumido sólo por quienes lo valoren en más de \$125". Posteriormente el autor examina la eficiencia de los sistemas de responsabilidad objetiva o por culpa. Con el sistema subjetivo o por culpa, las empresas sólo responden si no filtran, en tal caso si no lo hacen tendrán un costo por unidad de \$140 y si filtran el mismo será de \$115. De tal forma optarán por filtrar y el precio por producto será de \$115, con lo cual se producirá un consumo excesivo, ya que siendo el costo real de \$125, habrá quienes lo valoren por debajo del mismo - \$120- e igualmente lo compran. Se deduce de ello que el sistema de responsabilidad por culpa conduce a un standard de diligencia adecuado pero a un nivel ineficiente de producción, ya que el precio de mercado no refleja plenamente el costo total del producto. En cambio en el sistema de responsabilidad objetiva, las empresas son responsables de los daños que causen aunque filtren, con lo que el costo de producción si no filtran será de \$140 y de \$125 si lo hacen. La conclusión es que la responsabilidad objetiva induce a las empresas a adoptar un grado eficiente de precaución y a los consumidores a adquirir una cuantía eficiente del artículo, ya que el precio de mercado refleja el costo total de producción. Posteriormente el autor se plantea la hipótesis en la cual las víctimas también puedan influir en el daño. Por ejemplo si pintan sus casas con una pintura más cara resistente a

la contaminación o si se mudan a una zona menos contaminada. Así puede darse que la solución eficiente exija no sólo que los contaminadores filtren, sino también que las víctimas pinten sus casas con esa pintura especial, con lo cual el costo total del producto será comprensivo de los costos de producción más los daños ocasionados a pesar del filtrado y el uso de la pintura. El sistema de responsabilidad por culpa inducirá al contaminador a filtrar para evitar los costos de su responsabilidad, con lo cual las víctimas deberán soportar sus pérdidas con lo que tendrán un incentivo para pintar sus casas y de esa manera disminuir los daños. Pero como el precio del artículo no reflejará los daños causados, no propicia una decisión eficiente, ya que habrá un consumo excesivo del producto. Con el sistema de responsabilidad objetiva, aunque las empresas filtren deberán absorber los daños que causen, más esto no incentivará a las víctimas a pintar sus casas ya que de todas maneras serán resarcidas, por lo que la solución eficiente requiere que el sistema objetivo se corrija con la compensación de culpas. De esa manera las víctimas decidirán no incurrir en negligencia, y como los contaminadores responderán por los daños residuales, el precio del producto reflejará los mismos y los consumidores adquirirán una cantidad eficiente del artículo. La conclusión es que el sistema de responsabilidad objetiva sigue siendo el más eficiente, pero si las víctimas pueden influir en el nivel del daño, debe ser corregido con la compensación de culpas (75).

Nuestro ordenamiento jurídico contiene ante todo un precepto constitucional en materia de medio ambiente en el art. 41, el que en sus dos primeros párrafos dispone: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservar lo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, ya la información y educación ambiental. El último párrafo establece que:

«Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos». La norma es clara en cuanto la obligación prioritaria, tanto de los habitantes como de las autoridades, es la preservación del medio ambiente, es decir no dañarlo, y si el daño se produce dicha obligación se transforma en la de recomponer -en el sentido de restituir la situación a la anterior al daño- y reparar (76).

Se ha regulado la responsabilidad por contaminación del ambiente mediante la ley 24.051. La misma, norma la actividad de generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos (art. 1), considerando peligroso todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general (art. 2). El texto es muy minucioso en cuanto a los deberes que deben cumplir para desarrollar su actividad, tanto los operadores de residuos peligrosos en general (arts. 5, 7, 12 y 13), como en particular los generados (arts. 14 a 22), los transportistas (arts. 23 a 29) y los responsables de las plantas de tratamiento y disposición final (arts. 33 a 43). Y en relación al especial capítulo de la responsabilidad que ocasionen en su actividad, quienes participan en alguna etapa de los procesos señalados, la misma se rige como principio general, por el sistema objetivo con compensación de culpas. Ello surge expresamente de lo dispuesto por el Capítulo VII, al que remiten los arts. 22, 31 y 44. Este capítulo comienza con el art. 45 que establece: «Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711». Es decir que se responde aún sin culpa, quedando a salvo la compensación por culpa de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder (conf. art. 1113 citado). Es más, el art. 47 mantiene incólume la referida responsabilidad objetiva aún en caso de culpa de un tercero por quien no se debe responder, cuando la acción del mismo pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso, con lo cual se impone al generador del daño un deber adicional de prevención que obsta a que se exima de responsabilidad aún en

caso de culpa de un tercero. Por último cabe agregar que los arts. 46 y 48 resultan consecuentes con el sistema de responsabilidad objetiva ya que los mismos establecen la inoponibilidad frente a terceros de la transmisión o abandono voluntario de dominio de los residuos (art. 46) y de las distintas etapas de procesamiento de los residuos para liberar de los daños al generador, a menos que tales etapas aumenten la peligrosidad como consecuencia de un tratamiento defectuoso en la planta de tratamiento o disposición final, a cuyo titular se transferirá la responsabilidad en tal caso (art. 48). La presunción del art. 45 que consagra la responsabilidad objetiva es razonable por cuanto si se instrumenta el sistema de responsabilidad sobre la culpa, «difícilmente podría hallarse un responsable que se encuentre pasivamente legitimado para ser el destinatario de la acción», dada la variedad de actividades de la industria, comercio y transporte reguladas por normas permisivas o no suficientemente rigurosas, con lo cual no se podría imputar culpa por inobservancia de reglamentos (77). La ley que comentamos también prevé sanciones -entre ellas la de multa-, para el caso de infracción a sus disposiciones (ver capítulo VIII) y un régimen penal (ver capítulo IX). Como se observa en líneas generales la legislación mencionada coincide con .1a solución que al tema de la contaminación se brinda desde el AED. Amén de ello, en nuestro país parte de la doctrina y la jurisprudencia se ha pronunciado no sólo por una solución desde el punto de vista de la reparación, sino fundamentalmente de la prevención, en consonancia con la norma constitucional, para lo cual se ha sugerido el establecimiento de tributos «tendientes a desalentar las conductas contaminadoras y a redistribuir entre un elevado número de agentes, los costos de las instalaciones necesarias para evitar que se produzcan daños ambientales» (78). Y ya antes de la sanción de la ley comentada, los tribunales habían encuadrado la responsabilidad por contaminación dentro del sistema de responsabilidad objetiva del art. 111 3, 2do. párrafo, tomando como factor de atribución el riesgo o vicio de la cosa (79).

X. La responsabilidad del fabricante

La obra de Mitchell Polinsky continúa con el análisis de la responsabilidad por los accidentes derivados del consumo de productos comerciales. Para ello brinda el ejemplo de un fabricante de soda que debe decidir entre utilizar botellas o latas. Lo primero le es más barato pero aumenta las pérdidas esperadas por daños. Así cuantifica el caso de manera tal que el uso de botellas importa un costo de producción por unidad de \$0,40 y el de latas de \$0,43, pero la pérdida esperada por accidente es de \$0,10 y de \$0,02 respectivamente, por lo que el costo total por unidad resulta \$0,50 si se usan botellas y \$0,45 si se usan latas, con lo cual la solución eficiente es esta última. Con un sistema de responsabilidad objetiva en el que las empresas son responsables por los daños que se provoquen a los consumidores, el costo esperado es el antedicho, si se utilizan botellas será de \$0,50 y si se usan latas de \$0,45, por lo que en una situación de equilibrio a largo plazo ése será el precio de venta. La conclusión es que la responsabilidad objetiva resulta la solución eficiente respecto de la precaución de las empresas y de la producción de la industria. Si la responsabilidad se enrostrara por el sistema de culpa, las empresas sólo serán responsables si utilizan botellas, así el costo seguirá siendo de \$0,50 por unidad en tal caso, pero si usan latas se reducirá a \$0,43. Suponiendo que los consumidores tienen correcta información añadirán al precio los \$0,02 adicionales de costos por accidentes, con lo cual seguirán comprando el número correcto, lo que hace a este sistema igualmente eficiente respecto de la precaución y la producción. Si no existiera responsabilidad alguna de los fabricantes, el costo de producción para éstos sería de \$ 0,40 con botellas y de \$ 0,43 con latas, pero continuando con la hipótesis de la información correcta, los consumidores seguirán prefiriendo la soda en latas porque adicionarán los costos esperados por accidentes en cada caso, con lo cual se arriba nuevamente a una solución eficiente respecto a la precaución y a la producción. La conclusión definitiva es que cuando productores y consumidores son neutrales al riesgo y los últimos disponen de información perfecta acerca de los riesgos es intrascendente la elección del sistema de responsabilidad (80). La

siguiente hipótesis que propone el autor es más realista, ya que en ella los consumidores subestiman completamente los riesgos del producto por carecer de información correcta al respecto. En tal caso la eficiencia del sistema de responsabilidad objetiva no depende de la información de los consumidores, ya que éstos saben que se les repararán las pérdidas esperadas por accidente por lo que seguirán tratando al artículo como si fuese absolutamente seguro. En cambio en un sistema de responsabilidad por culpa en el que el costo por unidad es de \$0,50 por botella y de \$0,43 por lata -ya que no se añaden los \$0,02 porque el fabricante no es responsable-, los consumidores preferirán las latas porque son más baratas, pero habrá un consumo excesivo, ya que podrán adquirirlas quienes valoren el producto por debajo de su costo real de \$ 0,45, ya que su precio de venta será de \$ 0,43. Este sistema sólo es eficiente para inducir a los fabricantes a adoptar las precauciones adecuadas pero no a los efectos del nivel de consumo. Un sistema sin responsabilidad hará que los fabricantes ofrezcan las botellas a \$ 0,40 por unidad y las latas a \$0,43 por unidad. En consecuencia los consumidores, que no adicionarán las pérdidas esperadas por accidentes, optarán por las botellas que son más baratas y consumirán en exceso. La conclusión de Mitchell Polinsky es que cuando los consumidores subestiman los riesgos del producto, el sistema de responsabilidad objetiva es un sustituto de la información perfectas (81).

El siguiente supuesto examinado es aquél en el que los fabricantes y los consumidores tienen aversión al riesgo, en cuyo caso reaparece el tema de la contratación de un seguro. Si ninguna de las partes cuenta con la posibilidad de esta contratación, el sistema objetivo será el ideal si los consumidores son adversos, si lo son los fabricantes lo deseable es un sistema por culpa, si ambos lo son deberá utilizarse una versión modificada del sistema objetivo que haga depender la responsabilidad del grado de aversión de unos y otros. Si cuentan con la posibilidad de contratar un seguro, ambos sistemas resultarán eficientes, ya que con el sistema objetivo los productores estarán plenamente asegurados con un seguro de responsabilidad civil y con el sistema de culpa lo mismo ocurrirá a los consumidores con

un seguro personal de accidentes. Si la cobertura no es completa debido al problema del azar moral, en cada sistema, tanto fabricantes como consumidores absorberán parte del riesgo. Consecuentemente, dado que ambos internalizarán parcialmente los daños, la responsabilidad objetiva será preferible si los consumidores son quienes presenten mayor aversión al riesgo y la responsabilidad por culpa en el supuesto de que la mayor aversión la ofrezcan los fabricantes (82). Se agrega luego el caso de que los consumidores puedan influir en sus pérdidas esperadas, tomando determinadas precauciones. Para ello el sistema de responsabilidad objetivo debería corregirse mediante la compensación de culpas para inducir a los consumidores a adoptar las precauciones adecuadas, pero ante la subvaloración de la posibilidad del daño, es posible que el consumidor no se atenga al «standard» de conducta requerido, por lo que soportará sus propias pérdidas, lo cual, por su parte, hará que los fabricantes no tengan incentivos para adoptar medidas de precaución. Con el sistema de responsabilidad por culpa, si el productor adopta las precauciones exigidas, las pérdidas son absorbidas por el consumidor, mas si éste subestima las mismas, no observará el nivel de conducta prudente adecuado. De esta manera arriba a la conclusión de que cuando los consumidores pueden influir en las pérdidas esperadas por accidente tomando precauciones, pero infravaloran las mismas, ninguno de los dos sistemas aporta soluciones ideales. Por último se plantea la hipótesis de que el daño no lo sufra el consumidor sino un tercero. Aquí se incrementa la validez del sistema de responsabilidad objetivo, porque es el único según el cual el precio del producto reflejará su costo total, incluidas las pérdidas a terceros. Con el sistema por culpa, esto no ocurrirá ya que los fabricantes decidirán no ser negligentes y los consumidores no tendrán en cuenta las pérdidas porque ellos no las experimentarán, por lo que comprarán en exceso. Como síntesis general se concluye en la preferencia del sistema de responsabilidad objetivo, mas esto depende de ciertas consideraciones, que en algunas hipótesis desaconsejan tal solución (83).

Veamos qué solución se brinda a la responsabilidad por productos elaborados en nuestro ordenamiento jurídico. Ante todo

cabe mencionar, que al igual que en el caso de contaminación, existe una norma de jerarquía constitucional al respecto, el art. 42, 1er. párrafo. El mismo establece: «Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, o la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno». Se aprecia que el artículo comienza con una asignación de derechos a los consumidores -salud, seguridad, propiedad- desde una óptica de la filosofía política garantista y proteccionista de tales derechos, los que titulariza en el término «débil» de la relación de consumo. Pero a continuación agrega el derecho a una «información adecuada y veraz», lo cual también se condice con el posicionamiento ideológico precitado, pero que además, como vimos en el comentario a Mitchell Polinsky resulta plenamente funcional desde el AED, por cuanto si los consumidores obtienen una información correcta, cualquiera sea el sistema de responsabilidad la solución será eficiente en cuanto al nivel de producción y de consumo. Además en nuestro país rige la ley 24.240 de 1993, que sufrió diversas modificaciones, siendo la última la de la ley 24.999 de 1998. Esta norma llamada de «Defensa del Consumidor» se condice con el citado art. 42 de la Constitución -si bien la reforma de la Carta Magna fue posterior, ya que en su art. 3 marca como pauta de interpretación de su texto las normas de la defensa de la competencia y de lealtad comercial, lo cual es compatible con la idea de eficiencia del AED, como viéramos en el punto 8. Además agrega que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor, reforzando el carácter tuitivo de la legislación en esta materia. En materia de información el art. 4 dispone: «Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos». Esta norma está consagrando una responsabilidad de carácter objetivo, ya que tanto se trate de una responsabilidad contractual o extracontractual, la obligación exigida es una obligación de resultado y en caso de verificarse la ausencia de la información en los términos requeridos por la ley, habrá

responsabilidad, no pudiéndose alegar la falta de culpa, sino solamente la culpa de la víctima, de un tercero por quien no se deba responder o el caso fortuito o fuerza mayor, que provoquen la ruptura del nexo causal. Así se entendió en un caso en el que no se previno al comprador que el lavavajillas por él adquirido luego de un determinado tiempo de uso dejaba de ser superautomático y que, por ende, debía quedar permanentemente ocluida la provisión de agua, excepto cuando se utilizaba efectivamente el aparato, y no habiéndose acreditado que el usuario hubiese incurrido en negligencia alguna en el uso del artefacto, se concluyó en que debía responsabilizarse totalmente al fabricante-vendedor y a su service autorizado por los daños provocados por el desborde del agua debido a la falla de la válvula electromagnética de carga y descarga de la máquina en cuestión (84). También se refieren al deber de información perfecta que recae sobre los productores y vendedores de los productos los arts. 7 a 10 de la ley que establecen las condiciones de la oferta y la venta.

Ahora bien, vimos en los párrafos precedentes que lo usual es que los consumidores carezcan de información exacta, y que en tal hipótesis, desde el AED, el sistema de responsabilidad objetiva importa el sustituto de dicha información. Al respecto los arts. 5 y 6 de la ley 24.240, que imponen determinados deberes en el suministro, prestación y comercialización de cosas y servicios, se enrolan en un sistema de responsabilidad por culpa, ya que sólo exigen un determinado «standard» de conducta prudente. Con todo y sin perjuicio de lo que oportunamente diremos, otras normas refuerzan la protección del consumidor, incrementando de esa manera el «standard» de conducta requerido al productor o proveedor. Ello ocurre con el art. 11 que consagra las garantías por defectos o vicios aún ostensibles o manifiestos del producto y cuya responsabilidad solidaria por dichas garantías es extendida por el art. 13 a todos quienes participan de la cadena de producción y comercialización. En esa misma línea legislativa, la ley continúa con normas de carácter proteccionista del consumidor y el usuario, detallando minuciosamente las obligaciones de los productores y proveedores en distintos supuestos como el de prestación de servicios (arts. 19 a 24);

prestación de servicios públicos domiciliarios (arts. 25 a 31) en cuyo caso y dada la obligatoriedad del consumo y la prestación generalmente monopólica del servicio, se agravan los deberes del prestador como las consecuencias por la no falta o interrupción del servicio; venta domiciliaria (arts. 32 a 35); operaciones de venta de créditos (art. 36). Los artículos 37 a 39 brindan pautas de interpretación de los contratos, así como consagran la ineficacia de cláusulas perjudiciales para el consumidor, como las que limiten la responsabilidad por daños o que importen renuncia o restricción a sus derechos. Como se aprecia, la ley, en este aspecto, no sólo suple lo no convenido en el contrato, sino que directamente se introduce en el mismo estableciendo prohibiciones e ineficacias respecto de sus términos. En estas normas apreciamos el marcado espíritu tuitivo que inspira a la ley, desentendiéndose por completo del concepto de eficacia que rige el AED, el que resulta desplazado totalmente por el de equidad.

Pero, volviendo a la cuestión de la responsabilidad, arribamos al art. 40 que fuera vetado en la redacción original, y restablecido por la ley 24.999. El mismo estipula: «Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena». Esta norma recoge el criterio de responsabilidad objetiva del art. 1113, 2do., párrafo del Código Civil, con lo cual se asimila la solución eficiente que otorga el AED, según se comentara más arriba. Ahora bien, debe quedar en claro, y que en tal hipótesis, desde el AED, el sistema de responsabilidad objetiva importa el sustituto de dicha información. Al respecto los arts. 5 y 6 de la ley 24.240, que imponen determinados deberes en el suministro, prestación y comercialización de cosas y servicios, se enrolan en un sistema de responsabilidad por culpa, ya que sólo exigen un

determinado «standard» de conducta prudente. Con todo y sin perjuicio de lo que oportunamente diremos, otras normas refuerzan la protección del consumidor, incrementando de esa manera el «standard» de conducta requerido al productor o proveedor. Ello ocurre con el art. 11 que consagra las garantías por defectos o vicios aún ostensibles o manifiestos del producto y cuya responsabilidad solidaria por dichas garantías es extendida por el art. 13 a todos quienes participan de la cadena de producción y comercialización. En esa misma línea legislativa, la ley continúa con normas de carácter proteccionista del consumidor y el usuario, detallando minuciosamente las obligaciones de los productores y proveedores en distintos supuestos como el de prestación de servicios (arts. 19 a 24); prestación de servicios públicos domiciliarios (arts. 25 a 31) en cuyo caso y dada la obligatoriedad del consumo y la prestación generalmente monopólica del servicio, se agravan los deberes del prestador como las consecuencias por la no falta o interrupción del servicio; venta domiciliaria (arts. 32 a 35); operaciones de venta de créditos (art. 36). Los artículos 37 a 39 brindan pautas de interpretación de los contratos, así como consagran la ineficacia de cláusulas perjudiciales para el consumidor, como las que limiten la responsabilidad por daños o que importen renuncia o restricción a sus derechos. Como se aprecia, la ley, en este aspecto, no sólo suple lo no convenido en el contrato, sino que directamente se introduce en el mismo estableciendo prohibiciones e ineficacias respecto de sus términos. En estas normas apreciamos el marcado espíritu tuitivo que inspira a la ley, desentendiéndose por completo del concepto de eficacia que rige el AED, el que resulta desplazado totalmente por el de equidad.

Pero, volviendo a la cuestión de la responsabilidad, arribamos al art. 40 que fuera vetado en la redacción original, y restablecido por la ley 24.999. El mismo estipula: «Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con

motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena». Esta norma recoge el criterio de responsabilidad objetiva del art. 1113, 2do., párrafo del Código Civil, con lo cual se asimila la solución eficiente que otorga el AED, según se comentara más arriba. Ahora bien, debe quedar en claro que se consagra la responsabilidad objetiva no en todos los casos de responsabilidad que se susciten en las relaciones de consumo, sino solamente en aquéllos en los que el daño derive del vicio o riesgo del producto o de la prestación del servicio. Con todo es del caso señalar, que en la gran mayoría de los casos en que no se acredite la culpa de la víctima, de un tercero o el caso fortuito o fuerza mayor, es presumible considerar que el daño haya provenido de un vicio o riesgo del producto, con lo cual se encuadrará la cuestión en la citada norma, aunque el productor o pro-veedor no hubiere incurrido en culpa. Ese ha sido el criterio jurisprudencial predominante, tanto antes como después de la vigencia de la ley 24.24085. En cuanto al resto del planteo que efectúa Mitchell Polinsky, cabe decir que la ley 24.240 no prevé específicamente el caso de la contratación de seguro, como tampoco la mayor o menor aversión al riesgo de los términos de la relación de consumo, aunque resulta evidente de su texto que la parte protegida es siempre el consumidor. En cuanto al criterio de compensación de culpas, dado que el art. 40 consagra el mismo criterio que el art. 1.113, 2do. párrafo del C. Civil, conlleva dicho criterio, ya que de haber existido culpa de la víctima, esto importará una eximente total o parcial del responsable por riesgo o vicio.

Los demás artículos de la ley regulan los correspondientes procedimientos administrativo, sancionatorio y judicial. Sólo diremos en cuanto a las sanciones que el art. 47 prevé en su inciso b) la sanción de multa desde \$500 a \$500.000, hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción, lo que importa una suerte de recepción del concepto de «daños punitivos», solución que puede conspirar contra la eficacia del sistema, si bien también puede resultar

eficiente para que los productores respeten el nivel de precaución exigido por la norma.

XI. Conclusiones

Los últimos capítulos de la obra de Mitchell Polinsky, importan una serie de reflexiones y conclusiones acerca de las bondades del AED, en cuanto a que el criterio de eficiencia es el que debe prevalecer sobre el de equidad, a los fines de valorar las normas jurídicas. Para ello analiza, las hipótesis de redistribución de la renta a través del sistema fiscal y de transferencias y del de las normas jurídicas. En cuanto a la redistribución mediante impuestos y transferencias comienza diciendo que la misma es costosa. A fin de demostrar dicha aseveración contempla el caso de un impuesto sobre el consumo, por ejemplo de cortadoras de césped. Como es muy probable que los ricos compren más cortadoras que los pobres, el efecto sería redistribuir la renta de los ricos a los pobres. Sin embargo el precio de tales artículos se «distorsionara», ya que el precio efectivo superará el costo de producción. Si el impuesto es de \$10 y el costo de \$100, aquél que valore el producto en más de \$100 pero en menos de \$110 no lo consumirá, con lo cual se sacrifica cierta eficacia relativa a las decisiones de consumo. El mismo problema se presenta en el impuesto a la renta, lo que ejemplifica con el supuesto de que la renta dejada de ganar por no trabajar una hora, es el precio de dicha hora de ocio. Así, suponiendo que el salario medio en una industria determinada es de \$25 por hora, al no pagar impuestos sobre la renta, los obreros sacrificarían esos \$25 por gozar de una hora de ocio. Pero en caso de un impuesto a la renta del 20%, por cada hora trabajada pagarían \$5 de impuesto y se quedarían con \$20, por lo que el «precio» de una hora de ocio descendería a \$20. De esa manera quien valore el ocio en \$21 la hora, trabajará menos aunque el valor de su tiempo en lo referente a la producción del artículo siga siendo de \$25 la hora, por lo cual también aquí se verifica una distorsión en el precio, en este caso del ocio (86). Seguidamente encara el tema de la redistribución de la renta a través de normas jurídicas, adelantando que éstas no siempre influyen en aquélla. Para ello distingue los supuestos de conflictos

contractuales de los extracontractuales. En los primeros argumenta que es difícil y hasta imposible utilizar las normas jurídicas para redistribuir la renta, por cuanto si bien con la acción por expectativas el comprador se hallaría en la misma situación en que se habría hallado si se hubiese cumplido el contrato, como el precio contractual depende de la acción que se otorgue, con un precio contractual inicial superior y una compensación superior si se incumpliera, el comprador puede no estar en la mejor situación con la acción referida. Es así que la forma de distribución de los beneficios conjuntos derivados del contrato depende fundamentalmente de su poder de negociación y no de las acciones de que dispongan. En el supuesto de conflictos extracontractuales, la redistribución de la renta sí depende más estrechamente de las acciones respectivas. Así según el sistema de responsabilidad que se escoja -objetiva o por culpa- importará redistribución de la renta en la cuantía de las pérdidas esperadas (87). En cuanto al costo de la redistribución de la renta mediante normas jurídicas, debe recordarse que los sistemas de responsabilidad que se elijan pueden no ser eficientes de acuerdo a las circunstancias presentes en cada caso, por lo que en general muchas veces será necesario elegir una norma ineficiente para propiciar la equidad. Con relación a ello, Mitchell Polinsky encuentra fundamental el concepto de «precisión» para decidir utilizar o no el sistema jurídico que fomenta la justicia distributiva. Concretamente expresa que las normas jurídicas no pueden redistribuir la renta de forma sistemática, a menos que exista correlación entre el «status social» de las partes de un litigio con el de los grupos entre los que se desea efectuar la redistribución. Por ejemplo puede ocurrir que los conductores sean más ricos que los peatones pero es muy probable que no, con lo que en estos casos no se dé la citada «precisión». Pueden darse casos en los que la precisión se haga presente en forma más estable, como en el de las víctimas de la contaminación y los consumidores de los productos, quienes usualmente tienen más recursos que aquéllos y no viven en las cercanías de las fábricas. Pero aún cuando se dé esta correspondencia la redistribución nunca será tan sistemática como en el sistema fiscal, ya que la misma dependerá de la existencia de un litigio y no todos los involucrados en los sectores a redistribuir serán parte de dicho pleito.

En definitiva concluye en que el criterio de selección de las normas jurídicas debe ser el de eficiencia y dejar el de equidad para el sistema fiscal, el cual es más «preciso» a los fines distributivos (88).

Dadas las conclusiones a las que arriba Mitchell Polinsky, en cuanto a la mayor funcionalidad del sistema fiscal frente a las normas jurídicas respecto de la distribución de la renta, entiende que la eficiencia debería ser en general el criterio primordial para valorar a las normas jurídicas. El concepto de eficiencia incluye el de crear incentivos para que las empresas y los individuos se comporten eficientemente, esto es, que sus conductas amplíen al máximo los beneficios totales descontados los costos totales. Por lo tanto comprende dos aspectos fundamentales a considerar en la conducta: la decisión de tomar precauciones y la decisión del nivel de actividad, ya que se trata de inducir a las empresas e individuos a tener en cuenta las consecuencias de sus conductas en los costos y beneficios de los otros. El otro gran objetivo que involucra la eficiencia como valor de las normas jurídicas es la asignación del riesgo, siendo la pauta orientadora la reducción del mismo en caso de aversión hacia él, lo cual a su vez depende de la factibilidad o no de la contratación de un seguro ideal (89). En cuanto a las dificultades que presenta la aplicación del AED, el autor destaca el problema de la valoración monetaria de los beneficios y costos relevantes. En algunos casos, como el de productos que están a la venta en el mercado, la determinación es relativamente fácil, partiendo de la base del precio del mismo; pero si el artículo no es de fácil sustitución la cuestión se complica, como el costo de tener que mudarse por efectos de la contaminación de una fábrica vecina. También es dificultoso este proceso de cuantificación de beneficios y pérdidas por la ambigüedad en la valoración de los mismos, la que está originada en la mejor o peor situación patrimonial de la víctima o en determinadas pérdidas como las ocasionadas por los daños corporales. Esto motiva a que se recurra a procedimientos de índole arbitrarios, como la determinación de la valoración de una persona representativa o media, lo que hará incurrir en errores en el caso concreto. Con todo Mitchell Polinsky

entiende que estas dificultades importan críticas potenciales a quienes usan el AED pero no críticas al propio AED (90).

Considero que a la luz de todo lo que reseñáramos hasta aquí, no es posible suscribir en un todo conforme las conclusiones a las que arriba Mitchell Polinsky acerca del AED para que las mismas puedan ser predicables respecto de las normas de nuestro derecho privado. En primer lugar ello es así por motivos de derecho positivo. Las normas positivas de nuestro derecho privado, como se ha visto a lo largo de este trabajo, coinciden parcialmente con las soluciones del AED, alejándose en algunos casos de las mismas -como vimos con relación a la responsabilidad por incumplimiento contractual-. Y aún en las cuestiones en las que existe coincidencia entre las soluciones de nuestro derecho privado positivo y las del AED, no siempre existe coincidencia en los motivos, en la «ratio» de tales soluciones. Por lo tanto el operador jurídico de nuestro derecho no puede soslayar la aplicación de las soluciones de las normas positivas del sistema en pos de una aplicación de las soluciones del AED. Dicha conclusión elemental surge del art. 1 del Código Civil que establece: «Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes». A dicha norma debe agregarse la del art. 16 del mismo código que reza: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso». Esta norma requiere de algunas precisiones. Ante todo impone al operador del derecho que se atenga a las palabras de la ley, al «texto» de la misma. Por lo cual si la solución legal resulta clara de dicho texto, y desde ya, siempre que no exista colisión de dicha norma con otras de jerarquía superior, habrá que aplicar dicha solución. La norma remite también, en un lenguaje cargado de alegoría y misticismo, al «espíritu» de la ley. El término es muy ambiguo. Dentro de los varios significados que se le ha dado se habla de los «fines» a los que tiende la ley, los motivos que la determinaron, la razón que la justifica la que se identifica con la necesidad humana cuya satisfacción busca la norma.

No debe confundirse con la «ocasio legis», que es la circunstancia histórica que determinó la creación de la norma, que es un elemento transitorio y contingente, mientras que el espíritu hace a un elemento lógico, que se define por el fin social al cual queda adscripto el sentido de la norma (91). De lo dicho se puede extraer como conclusión que a los fines de indagar el «espíritu» de la ley, lo fundamental no es efectuar una reconstrucción histórica del pensamiento y voluntad del legislador, no obstante que pueda resultar de interés, ya que de esa forma la interpretación quedaría congelada en el tiempo de generación de la norma. De acuerdo a lo expuesto la interpretación debe ser dinámica, adaptada al momento en el que se desenvuelve la actividad del operador, a las condiciones económicas, sociales y políticas de dicho momento (92). En el fondo, de este tema se ubica la discusión entre los teóricos de la interpretación en general -no sólo la meramente jurídica-, a los que se puede dividir en dos grandes grupos: fundacionalistas y antifundacionalistas. Los primeros, entre los que cabe mencionar a Carnap y Hirsch, entienden que debe darse primacía al significado original del texto de acuerdo a la intención del autor -por eso también se los denomina intencionalistas, mientras que los segundos, entre los que se ubica a Gadamer y Dworkin -aunque este último asume una posición más bien ecléctica-, entienden que las cuestiones de hecho, verdad, corrección, validez y claridad son inteligibles o discutibles sólo en el interior de determinados contextos, situaciones o paradigmas que les dan su forma local y cambiante (93). Ahora bien, si no cabe hacer una interpretación meramente histórica del significado original tenido en cuenta por el creador de la norma de acuerdo al pensamiento fundacionalista, parecería que si el «espíritu» de la ley no es algo transitorio y contingente, no puede ser modificado a antojo del intérprete. Desde ya que eso no es así, pero una correcta visión antifundacionalista, no conduce a otorgarle una amplia libertad al intérprete para que éste moldee el texto a interpretar de acuerdo a sus valoraciones meramente personales y subjetivas, sino que le advierte que no puede quedar «anclado» en el significado original del texto, con desatención de las condiciones del tiempo en el que él opera, incluyendo el concepto de «condiciones», el contexto socioeconómico, político y cultural -dentro del cual obviamente cabe

mencionar a los valores-. Para dar un ejemplo claro, resulta obvio que el art. 1109 del C. Civil no puede ser interpretado hoy de la misma manera en que podía serlo al tiempo de la sanción del código, ya que el progreso tecnológico impone entre otras cuestiones, elevar el nivel de cuidado que es dable exigir a quien causa un daño. Esto revela que el espíritu de la ley es algo permanente pero cuya valoración o significación es variable.

El artículo 16- también remite a las leyes análogas y a los principios generales del derecho. También este último es un término por demás ambiguo, habiéndose considerado que importan los «principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo» (94), con lo cual tampoco se avanza mucho en precisión. Otra opinión coincidente con la anterior precisa un poco más la expresión al entender que tales principios están contenidos expresa o tácitamente en la Constitución (95), siendo de suma importancia al respecto el Preámbulo de la misma que contiene la llamada «ideología» o «valores» de la Constitución. Dentro de tales «valores», y a los fines de este trabajo, resultan trascendentes los de la «justicia» y el «bienestar general». La justicia, en una visión clásica, puede ser clasificada en tres categorías: la justicia legal, la justicia distributiva y la justicia conmutativa. La primera trata de las obligaciones de los individuos hacia la sociedad o comunidad política en aras de alcanzar el bien general; la segunda también pone en relación a la comunidad política con los individuos, pero en este caso para que aquélla distribuya o reparta entre éstos determinados beneficios y a tal fin se toma en cuenta la situación particular de las personas, esto es sus capacidades, méritos, necesidades. Por último la justicia conmutativa hace a las relaciones entre los individuos y aquí la regla es que debe primar una igualdad de equivalencia en los bienes y servicios intercambiados, sin considerar las capacidades, necesidades o méritos de las personas intervinientes (96). Esta última relación de justicia es la que está presente en los casos de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, si bien en este último campo puede hablarse también de «justicia correctiva», la que involucra las «razones que existen para obligar a compensar los daños causa contenidos expresa o tácitamente

en la Constitución, siendo de suma importancia al respecto el Preámbulo de la misma que contiene la llamada «ideología» o «valores» de la Constitución. Dentro de tales «valores», y a los fines de este trabajo, resultan trascendentes los de la «justicia» y el «bienestar general». La justicia, en una visión clásica, puede ser clasificada en tres categorías: la justicia legal, la justicia distributiva y la justicia conmutativa. La primera trata de las obligaciones de los individuos hacia la sociedad o comunidad política en aras de alcanzar el bien general; la segunda también pone en relación a la comunidad política con los individuos, pero en este caso para que aquélla distribuya o reparta entre éstos determinados beneficios y a tal fin se toma en cuenta la situación particular de las personas, esto es sus capacidades, méritos, necesidades. Por último la justicia conmutativa hace a las relaciones entre los individuos y aquí la regla es que debe primar una igualdad de equivalencia en los bienes y servicios intercambiados, sin considerar las capacidades, necesidades o méritos de las personas intervinientes (96). Esta última relación de justicia es la que está presente en los casos de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, si bien en este último campo puede hablarse también de «justicia correctiva», la que involucra las «razones que existen para obligar a compensar los daños causa dos a bienes de terceros sin el consentimiento de sus respectivos titulares», a fin de ayudarlos para que persigan determinados fines de una manera que los deje en la misma situación subjetiva en la que estarían si no hubiesen sufrido daño alguno (97). Lo cierto es que dicho esto, y si damos por supuesto que lo «justicia» conmutativa y correctiva está destinada a primar en un tipo de relación distinta a la distributiva y a la legal, parecería que las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil no tienen que ser enfocadas desde una visión distributivista, como lo hace el AED para criticar dicho enfoque y oponer a él el criterio de la eficiencia. Si lo que debe primar es la igualdad en los intercambios o la compensación en el caso de los daños sin intercambio previo, sin tener en cuenta -al menos en forma prioritaria- las condiciones personales de los involucrados -méritos, necesidades y capacidades-, no interesa la condición de rico o pobre del damnificado. Es cierto que a veces la norma positiva remite, a la «equidad» en casos de responsabilidad civil

-v.gr.: arts. 907 y 1069 del. C. Civil- y con ello impone al operador del derecho tomar en cuenta las condiciones personales de la víctima o del victimario, pero quien atropella a un indigente con el auto, no le debe compensación porque es indigente, sino porque lo atropelló, porque realizó una conducta que causó ese daño, sin perjuicio de que se valore en segundo término la condición de mendigo para poder «cuantificar» el daño. De allí que entendemos que no resulta acertado plantear la disyuntiva entre los criterios «distributivo» y «eficiente» para valorar las normas del derecho privado, por cuanto la distribución no es el objetivo primordial de tales normas, mientras sí lo es el de las normas fiscales que establecen una relación entre el estado y los individuos. Cabe añadir que la eficiencia está implicada en el valor de «bienestar general», ya que éste, a la luz de una concepción personalista, importa el bienestar de todos los individuos y en la medida en que se aumente la riqueza, se supone que redundará en beneficio de todos. Pero la riqueza puede estar «mal» distribuida. Desde el AED se dirá que para ello está el sistema fiscal. Pero entonces las personas al actuar, no tendrán en cuenta las previsibles consecuencias dañosas de sus actos, salvo que las mismas importen una disminución de la riqueza, que causen ineficiencia, en cuyo caso intentarán evitarlas. Eso generaría una indiferencia e irresponsabilidad por nuestras conductas personales, dado que si llevamos al AED a sus últimas consecuencias, uno no es responsable por lo que hace, sino por lo que hace en forma ineficiente, y los daños que genere su conducta eficiente no serán «indemnizados» por él, sino por toda la comunidad a través del sistema fiscal, con lo cual transferimos a otros las consecuencias que provocamos (98). Y de esa manera se afectarían otros dos valores importantes que enuncia el Preámbulo constitucional, la paz interior y los beneficios de la libertad, la primera se resentiría por cuanto la indiferencia a las consecuencias de nuestros actos podría conducir a una reiteración de conductas dañosas que en forma extrema creen un estado de alteración de la convivencia. Y la segunda se vería afectada por cuanto al transferir los resultados de nuestros actos en quienes resultaron ajenos a ellos, estamos limitando su libertad, valor que en un sentido básico importa la autonomía a fin de elegir entre realizar o no una determinada conducta.

Como síntesis podemos decir que el AED en el tema de la responsabilidad civil importa una concepción interesante por cuanto muchas soluciones que el mismo brinda, han sido receptadas directa o indirectamente en nuestra propia legislación, aún cuando se invoquen razones o motivos de otra índole. En la medida en que tales soluciones coincidan con las que brindan los valores que están implicados en nuestro ordenamiento -y para ello remitimos fundamentalmente a los contenidos en el texto constitucional-, no existe óbice para su recepción y aplicación como elemento de análisis, mas no nos parece que deba ser considerado como piedra angular alrededor de la cual gire la interpretación y aplicación de nuestro derecho positivo privado.

Bibliografía

- (1) Derecho”, Ed. Ariel, Derecho.
- (2) M. Polinsky, op. cit., pág. 19.
- (3) M. Polinsky, op. cit., págs. 20/21.
- (4) M. Polinsky, op. cit., págs. 21/22.
- (5) M. Polinsky, op. cit., págs.23/24.
- (6) M. Polinsky, op. cit., pág. 25.
- (7) M. Polinsky, op. cit., págs. 27/29.
- (8) M. Polinsky, op. cit., págs. 31/33.
- (9) M. Polinsky, op. cit., págs.34/36.
- (10) Borda, Guillermo: “Derechos reales”, Ed. Perrot, Tomo I, pág. 411, núm. 492.
- (11) Ver en Rosenkrantz, Carlos E: “Tres concepciones de la m'ida correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, en Lecciones y Ensayos, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., vol. 67/68, págs. 154/155.
- (12) Ver cita de Messineo en Borda, op. cit., idem.
- (13) M. Polinsky, op. cit., págs. 40/41.
- (14) Ver en Belluscio-Zannoni: “Cód. Civil Comentado”, Ed. Astrea, T. 2, págs. 695/695, pto. 15.
- (15) M. Polinsky, op. cit., págs. 41/42.
- (16) Ver M. Polinsky, op. cit., págs. 44/47.

- (17) M. Polinsky, op. cit. pág. 51.
- (18) Ver al respecto Fried, Charles: “La obligación contractual: El contrato como promesa”, Ed. Jurídica de Chile, págs. 28/32.
- (19) Ver Belluscio-Zannoni, op. cit., idem, pág. 715, pto. 39.
- (20) Conf. Agoglia-Boragina-Meza: “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Ed. Hammurabi, pág. 282.
- (21) Ver Belluscio-Zannoni, op. cit., idem, pág. 696, pto. 15.
- (22) Ver Agoglio-Boragina-Meza, op. cit., pág. 289.
- (23) Agoglia-Boragina-Meza, op. cit., págs. 299/300.
- (24) Agoglia-Boragina-Meza, op. cit., págs. 301/306.
- (25) Ver Rosenkrantz, C., op. cit., págs. 153/156 y 169/173.
- (26) M. Polinsky, op. cit., pág. 53.
- (27) M. Polinsky, op. cit., pág. 54.
- (28) M. Polinsky, op. cit., pág. 55.
- (29) M. Polinsky, op. cit., pág. 56.
- (30) M. Polinsky, op. cit., págs. 58/59.
- (31) M. Polinsky, op. cit., págs. 60/61.
- (32) M. Polinsky, op. cit., págs. 61/64.
- (33) M. Polinsky, op. cit., págs. 65/66.
- (34) Salas: “Codigo Civil Comentado”, Ed. Depalma, T. 1, pág. 579, pto. 2.
- (35) Ver CN. Civ., Sala 8, 18/3/68, JA 1968-V-644-S-39; SCBA, 30/12/47, JA 1948-1-200.
- (36) CN. Civ., Sala C, 10/5/62, JA 1962-V1-296, f. 6050.
- (37) Ver Belluscio-Zannoni, op. cit., T.5, págs. 487/488.
- (38) Ver Llambías, Jorge J.: “Obligaciones”, IV-A, n° 2585.
- (39) Belluscio-Zannoni, op. cit., T. 5, págs. 470/471, n° 18.
- (40) CN. Civ. en pleno, 10/11/94, JA 1995-1-280 y sigs.
- (41) Ver Zavala de González, Matilde: “Responsabilidad por riesgo”, Ed. Hammurabi, págs. 23/27.
- (42) M. Polinsky, op. cit., págs. 69/70.
- (43) M. Polinsky, op. cit., págs. 71/72.
- (44) Ver Daray, Hernán: “Accidentes de tránsito”, Ed. Astrea, págs. 552/553, nro. 131
- (45) Ver Halperín, Isaac: “Seguros”, Ed. Depalma, pág. 370, nro. 41 y pág. 557, nro. 18.

- (46) M. Polinsky, op. cit., págs. 75/77.
- (47) M. Polinsky, op. cit., págs. 77/80.
- (48) Ver Belluscio-Zannoni, op. cit., T. 3, pág. 202, nro. 4.
- (49) Ver Belluscio-Zannoni, op. cit., T.3, pág. 215, nro. 4.
- (50) Ver Fried, Charles, op. cit., págs. 35/36.
- (51) Ver al respecto Fried, op. cit., capítulos 6 y 7.
- (52) M. Polinsky, op. cit., págs. 83/85.
- (53) M. Polinsky, op. cit., págs. 85/86.
- (54) M. Polinsky, op. cit., págs. 87/89.
- (55) Ver Borda, Guillermo: “La reforma de 1968 -ley 17711- y su influencia en la responsabilidad por accidentes de tránsito”, en Revista de Derecho de Daños, “Accidentes de tránsito”, T. 1, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 15/17.
- (56) Ver el artículo de Álvarez, Gladys S., Gregorio, Codos G. y Highton, Elena I: “Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socio económico”, en LL-1997-C, págs. 1045 y ss.
- (57) Álvarez y otros, op. cit., pág. 1047.
- (58) Aut. cit., op. cit., pág. 1050
- (59) Alvarez, Gregorio, Highton, op. cit., págs. 1058/1059.
- (60) M. Polinsky, op. cit., págs. 90/92.
- (61) M. Polinsky, op. cit., págs. 92/94.
- (62) M. Polinsky, op. cit., págs. 94/96.
- (63) M. Polinsky, op. cit., págs. 96/99.
- (64) M. Polinsky, op. cit., págs. 99/101.
- (65) M. Polinsky, op. cit., págs. 102/104.
- (66) M. Polinsky, op. cit., págs. 104/105.
- (67) Ver Bidart Campos, Germán J.: «Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino», Ed. Ediar, P VI, pág. 306
- (68) Conf. Zavala Rodriguez, Carlos Juan: «Publicidad comercial. Su régimen legal», Bs. As., 1947, págs. 389 y 597, cit. en Belluscio-Zannoni, op. cit., P5, pág. 356, núm. 14.
- (69) Conf. S.Tribunal de España, 4/6/62, «Rev. de Derecho Privado», T. XLIX, pág. 634.
- (70) Conf. CN. Fed., Sala II Civ. y Com., 30/12/71, LL, 147-233.
- (71) Conf. CN. Fed. Civ. y Com, Sala I, 22/3/91, a1991-C, págs. 531 y ss.
- (72) Conf. Alonso, Fernando M., en comentario al fallo «Navarro Correas», en LL 1991-C, págs. 526.

- (73) M. Polinsky, op. cit., págs. 106/107.
- (74) M. Polinsky, op. cit., págs. 107/109.
- (75) M. Polinsky, op. cit., págs. 109/110.
- (76) Bidart Campos, op. cit., idem, págs. 298/300
- (77) Bustamante Alsina, Jorge. Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, Ed. Abeledo Perrot, pág. 152.
- (78) Bustamante Alsina, op. cit., pág. 174.
- (79) Conf. Belluscio- Zannoni, op. cit., T. 5, págs. 525/526, n°. 47.
- (80) Mitchell Polinsky, op. cit., págs. 112/115.
- (81) Mitchell Polinsky, op. cit., págs. 115/116.
- (82) Mitchell Polinsky, op. cit., págs. 118/119.
- (83) Mitchell Polinsky, op. cit., págs. 120/122.
- (84) CN. Com., Sola 8,27/11/95, in re: «Baskir, Mauricio y otro c/ Zanelia e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros; ED del 8/4/96, págs. 5/7.
- (85) Ver Belluscio-Zannoni, op. cit., T. 5, págs. 546 y ss.; C. Apel. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 1 1/7/95, in re: «Giovanetti, Angel c/ ESA.", LL. 1996-IV-216 y ss.; CN. Civ., Sala H, 26/3/97, in re: Ryan Tuccillo, Alan M. c/ Cencosud S.A. y otros", ED del 6/8/98.
- (86) M. Polinsky, op. cit., págs. 123/125.
- (87) M. Polinsky, op. cit., págs. 125/128.
- (88) M. Polinsky, op. cit., págs. 129/131.
- (89) M. Polinski, op. cit., págs. 132/137.
- (90) M. Polinsky, op. cit., págs. 138/141.
- (91) Conf. Llambías, Jorge J.: «Código Civil Anotado», Ed. Abeledo-Perrot, T. I, págs. 40/41.
- (92) Conf. Borda, op. cit., «Parte General» pág. 224, núm. 207.
- (93) Ver Mari, Enrique: «Venturas y desventuras de la interdisciplinariedad hoy; derecho y literatura. Algo de lo que si se puede hablar pero en voz baja», inédito.
- (94) Llambías, op. cit., idem, pág. 41.
- (95) Borda, op. cit., idem, págs. 104/105.
- (96) Ver en Quintas, Avelino M.: «Obbligazione politica e governo legittimo», Giuf iré Editore, Milán, 1997, págs. 41/49.
- (97) Ver Rosenkrantz, op. cit., idem, págs. 147/148.
- (98) Respecto del valor de hacerse cargo de las consecuencias que nuestras conductas provocan, ver Rosenlcranzt, op. cit., idem, págs. 193 y ss.

La dinámica procesal civil en el Uruguay

Por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: El Reporte N° 2 (agosto 2001), p. 1, 3-5.

[Consultado el: 15-01-2021]

Cuando se encara una reforma legislativa siempre existen dudas acerca de la implementación práctica de las nuevas normativas; ello es consecuencia de que el derecho regula conductas humanas y las mismas no son mecanismos automáticos o fuerzas físicas predecibles, sino actos racionales y libres, al menos en la medida en que acordemos que tales rasgos son predicables a la naturaleza humana. De allí que siempre existe un tiempo de “adaptación” de los operadores a las nuevas normas, cuya extensión dependerá de diversos factores, tiempo que también sirve para diseñar las líneas de interpretación jurisprudencial respecto del nuevo ordenamiento. Sin embargo, ese tiempo de “adaptación” puede reducirse o los operadores pueden comenzar la aplicación de la nueva legislación con criterios más uniformes, aprovechando las experiencias anteriores en la misma materia. Con esa convicción se consideró que sería de utilidad la presencia de distintos operadores del proceso civil de nuestra provincia en la República Oriental del Uruguay, dado que en nuestro continente, dicha nación hermana es pionera en los procesos de reforma del código adjetivo en materia de derecho privado. Quienes participamos de dicha experiencia, teníamos muchas dudas acerca de la implementación de distintas normas del Código General del Proceso del Uruguay (C.G.P.). Al leer el texto, al regreso, la opinión fue más o menos coincidente en que la mayoría de dichas incertidumbres fue disipada al observar “in situ” la dinámica procesal.

Ante todo creo no equivocarme si asevero que el corazón de la reforma uruguaya – y lo mismo puede decirse de la nuestra, que también abreva indirectamente en el modelo iberoamericano- reside en la modificación de los artículos que hacen a la etapa siguiente a la

traba de la litis, que resulta de mayor amplitud que la usualmente llamada probatoria, ya que la finalidad de la audiencia preliminar excede los meros fines de prueba. Es allí donde se manifiestan de manera más concreta y palpable los principios generales que inspiran el C.G.P., entre los que destacamos: dirección del proceso por el tribunal (art. 2), impulso procesal (art. 3), intermediación procesal (art. 8) y concentración procesal (art. 10). La etapa anterior, en la que se propone la demanda, se emplaza al demandado para que la conteste y se confiere traslado de eventuales reconvencción y excepciones, no difiere en cuanto a su estructura del actual código, ya que se trata de actos procesales escritos (conf. art. 338). La primera gran diferencia se advierte en que transcurridos los plazos para contestar los distintos traslados mencionados, se convoca a la audiencia preliminar (art. 338.3), habiéndose podido apreciar que se fija para un mes o mes y medio de vencidos los citados plazos. Esta audiencia es muy rica en actos que hacen a la dirección, ordenación y concentración del proceso, amén de la intermediación por el contacto directo del juez con las partes y sus letrados (conf. art. 341).

En cuanto al contenido de esta audiencia preliminar, ante todo se ratifican las pretensiones deducidas en la demanda y reconvencción, así como las contestaciones de las mismas y de las excepciones, a lo que se añade la posibilidad de aclarar extremos imprecisos de las presentaciones. Seguidamente se intenta una conciliación por parte del tribunal, la que puede ser total o parcial, esto es, respecto de algunos puntos, en cuyo caso el pleito continuará respecto de los extremos no conciliados. Aquí pudimos apreciar la activa participación de los magistrados en la formulación de propuestas, algo a lo que muchas veces nos vemos cohibidos a fin de no aparecer ante las partes como incursos en algún prejuzgamiento. En caso de no arribarse a la conciliación total, la audiencia continúa con la recepción de la prueba ofrecida para resolver las excepciones si el tribunal las considera conducentes a tal fin, punto respecto del cual se prevé la posibilidad de prorrogar la audiencia por una sola vez. En la misma audiencia se resuelven las excepciones, así como cualquier nulidad deducida o advertida de oficio para sanear el proceso. Por último se fija

definitivamente el objeto del proceso y de la prueba, esto es, cuáles son las pretensiones del actor y demandado, así como qué extremos aducidos merecen acreditarse. Se acoge la prueba conducente y se desestima la que no lo es, así como se produce la que fuera posible diligenciar en la propia audiencia, como puede ocurrir con la declaración de parte (art. 148). La prueba que no pueda producirse en dicha oportunidad se hará en la audiencia complementaria que se establece al efecto. Toda esta última actividad parece difícil de concretar en una audiencia para nuestra mentalidad “escrituraria”. Sin embargo apreciamos en las audiencias a las que asistimos, que esto se resuelve en forma sencilla con una ordenada preparación de la audiencia por parte del juez. En efecto, éste ya tiene estudiado el expediente, por lo tanto ya tiene incorporado en la computadora el “texto” de la audiencia, por lo que ya tiene una decisión respecto de los distintos puntos mencionados, a menos que, obviamente, las circunstancias que se sucedan en la audiencia lo convenzan de tomar una decisión diversa o que la misma sea innecesaria porque, por ejemplo, se arribó a una conciliación. En cuanto al registro de lo expuesto por las partes en la audiencia, se transcribe en forma resumida, de acuerdo a notas que apunta el propio juez y luego dicta, o por la transcripción que directamente lleva a cabo el empleado audiencista bajo la dirección del magistrado. Si alguna de las partes o sus letrados solicita la transcripción completa de alguna expresión, hemos comprobado que generalmente se hace lugar a la petición.

El art. 343 dispone que en el supuesto de que no pudiere diligenciarse la prueba en la audiencia preliminar, se citara a la brevedad a las partes a una audiencia complementaria. Ello es lo usual, ya que es infrecuente que la totalidad de la prueba se produzca en la oportunidad de la audiencia preliminar. En cuanto al tiempo en el que se fija la complementaria, por lo que pudimos observar oscila entre el mes y los dos meses de la fecha de la audiencia preliminar. La norma establece de manera categórica que la audiencia complementaria sólo puede prorrogarse por una sola vez si no se logra diligenciar toda la prueba para su oportunidad; sin embargo hemos tomado conocimiento directo y por conversaciones con los colegas uruguayos,

que puede producirse más de una prórroga. Esto es usual cuando se trate de casos complejos o si se ofrece un número elevado de testigos que por cuestiones de tiempo no pueden declarar en la misma audiencia. Justamente tuvimos oportunidad de presenciar una audiencia testimonial en un juicio por responsabilidad médica en el cual debían declarar ocho testigos, todos médicos, siendo cada declaración sumamente extensa. Obviamente hubo más de una prórroga. También puede darse más de una prórroga en el caso de que falte producir una prueba que el juez considere fundamental para la decisión del pleito. En cuanto a la instrumentación escrita de esta audiencia complementaria, el art. 102 dispone que debe documentarse en forma resumida, dándose lo que ocurre con la audiencia preliminar, dado que a veces el audiencista va tipeando directamente o el magistrado toma notas que luego dicta. No obstante ello, en casos en que se considera necesaria la transcripción total de una declaración así se efectúa, amén claro está de dejarse constancia de alguna manifestación por expreso pedido de las partes o sus letrados.

El artículo 343 establece que finalizada la audiencia complementaria se otorgarán diez minutos para que cada parte alegue en forma oral, pudiéndose conceder diez minutos más y excepcionalmente un lapso de tiempo mayor en casos de especial complejidad. Por lo general, los letrados llevan notas confeccionadas para hilvanar su alegato e incluso se nos comentó que hay jueces que permiten leer los alegatos. No se admite que se adjunte el alegato escrito para su agregación al expediente, pero aquí también se nos expresó que algunos magistrados lo permiten, aunque es una práctica “contra legem”. El art. 343 finaliza disponiendo que el tribunal se retirará para considerar su decisión y a continuación dictará sentencia, pudiéndose formular los fundamentos en quince días. Esta última alternativa es prácticamente inexistente, ya que los colegas orientales nos manifestaron que en el supuesto de que se dicte sentencia al final de la audiencia, sólo se da en casos extremadamente sencillos, en los cuales el juez ya tiene “bosquejada” la sentencia, por lo que la lee con sus fundamentos en la misma audiencia. Pero en la mayoría de los casos se toman los treinta días que la norma permite para dar a

conocer la decisión con sus fundamentos. Se nos explicaba lo difícil que resulta para el magistrado dar a conocer la parte resolutive sin tener definitivamente confeccionados los considerandos, reflexión que como colegas compartimos.

Como conclusión podemos expresar que el saldo de diez años de vigencia del C.G.P. en el Uruguay es positivo, de acuerdo a la percepción que tuvimos del intercambio de opiniones con jueces y letrados, salvo cierta minoría entre estos últimos. Es más, la queja se centraba más que nada en el tiempo de duración de la segunda instancia, mas ello se debe a la necesidad de reunir tres votos contestes en la misma para formar mayoría. Para nosotros, y retomando la idea expresada en el primer párrafo de este comentario, considero que la experiencia ha sido positiva con proyección de futuro a la implementación de un nuevo código adjetivo. La observación de la dinámica procesal nos ha permitido comprender o aclarar puntos oscuros que puedan resultar de la lectura del texto y nos otorga la ventaja de aprender de los errores ajenos a fin de no reiterarlos en la eventual aplicación del futuro ordenamiento procesal provincial, abreviando así el citado tiempo de “adaptación” presente en toda reforma legislativa.

Normas, principios y valores en el texto constitucional

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: El Reporte N° 10 (julio 2003), p. 10-14
[Consultado el 15-01-2021]

Sumario:

I.- Introducción. II.- Normas, principios y valores. III.- Relación entre valores, principios y normas. IV.- Los casos constitucionales.

I. Introducción

El propósito del presente trabajo es indagar acerca de la presencia de distintos tipos de estándares jurídicos en el texto constitucional, así como el tipo de las relaciones que es dable establecer entre ellos y su funcionalidad para la tarea judicial de interpretar y aplicar dicho texto. Para ello comenzaré por señalar la existencia de tres tipos de dichos estándares, los que siguiendo a determinada doctrina clasificaré en normas, principios y valores e intentaré brindar un concepto razonablemente aceptable de los mismos y digo razonablemente aceptable porque no descarto que intentar definirlos en forma precisa pueda acarrear controversias. Para dicha tarea encuentro de suma utilidad la obra del jurista norteamericano Ronald Dworkin, si bien habré de efectuar ciertas aclaraciones al respecto, dado que por su origen se trata de un autor del sistema del “common law”, estructuralmente diverso a nuestro sistema jurídico continental. Pero como habré de centrarme en los aspectos constitucionales, y en esto creo no equivocarme si adhiero a la idea de que nuestra constitución es tributaria en mucho de la carta magna estadounidense, encuentro al planteo de Dworkin no exento de validez. Seguidamente trataré de establecer algún tipo de vinculación entre tales estándares, para finalmente intentar concluir en la

afirmación de que la interpretación y aplicación de la Constitución son básicamente tareas en las que el Juez debe apelar fundamentalmente a principios y valores más que a normas.

II. Normas, principios y valores

Estamos acostumbrados a referirnos a establecer una equivalencia entre los artículos de una ley o de la Constitución y el concepto de normas, diciendo por ejemplo: “la norma del artículo tal establece...”, es decir que pensamos que el texto legal o constitucional está compuesto por un solo tipo de estándares jurídicos que son las normas. Creo que ello se debe a que pensamos en normas como normas positivas y dado que los artículos son evidentemente “positivos” en cuanto integran el derecho establecido por el legislador o el constituyente, es así que efectuamos dicha correspondencia. Ahora bien, respecto del texto constitucional se ha expresado que “el conjunto normativo codificado que llamamos constitución formal contiene una trinidad compuesta por normas, por principios, y por valores”, y que las normas contienen principios y valores (1). En consecuencia, si existe una distinción entre estos tres patrones jurídicos, no todo lo que está contenido en el texto normativo constitucional es mera norma.

Respecto a la distinción de estos estándares jurídicos, Bidart Campos opina que los principios y los valores integran el techo ideológico de la Constitución, “que equivale a su idea de derecho o a su filosofía política, e impregnan e inspiran a la totalidad normativa de la constitución, así como a la infraconstitucional”(2) , de lo que se deduce que los principios y valores son parámetros necesarios para la función de interpretación constitucional, así como del control constitucional del plexo normativo inferior. Sin embargo, es válido preguntarse en qué consiste dicha distinción entre normas, principios y valores.

Es conocida en el ambiente de la filosofía jurídica y política la obra del autor norteamericano Ronald Dworkin titulada: “Los

derechos en serio” (3). Uno de los propósitos centrales de dicha obra radica en refutar cierta doctrina positivista anglosajona, representada principalmente por el autor inglés H.L.A. Hart en cuanto éste consideraba que el derecho está formado sólo por normas, mientras que Dworkin es de la opinión que el derecho está integrado también por principios, y cuando los jueces deciden “casos difíciles”, y los casos constitucionales suelen serlo, apelan a principios más que a normas. Al intentar diferenciar las normas de los principios, Dworkin señala que si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida y la decisión respecto de cuál es válida no depende de las mismas normas en cuestión, sino de consideraciones que las trascienden; así el sistema jurídico puede dar solución al conflicto mediante otras normas que impongan una determinada regla como la validez de la norma posterior o la especial o puede preferir la norma fundada en los principios más importantes (4).

Se ha dicho, comentando a Dworkin, que las normas o reglas determinan en forma concluyente un resultado, por ello son aplicables “si es” que se tienen de hecho las condiciones de aplicación (5) . Resulta claro que los estándares del articulado de la parte orgánica de la Constitución responden a esta caracterización de normas, ya que están expuestas en su texto las condiciones de aplicación mentadas. En tales artículos se está haciendo referencia a una acción o situación jurídica determinada, que podrá ser más o menos precisa, pero resulta clara la referencia a una circunstancia o conjunto de ellas determinados. Ejemplos de este tipo de texto normativos son, por mencionar algunos al azar, el art. 68 que establece la inmunidad de opinión de los legisladores, el art. 80 que dispone la facultad del veto presidencial en el proceso legislativo o el art. 89 que enumera los requisitos para ser presidente. Podrá argumentarse que el art. 68 puede dar lugar a cierta interpretación que precise a qué se considera opinión o discurso de un legislador emitido en su desempeño como tal; o que también pueda discutirse la precisión del término autonomía normativa en el veto parcial del art. 80; mientras que resulta más preciso, y de esa manera deja un menor margen de controversia el estándar del art. 89 en cuanto enumera los requisitos para ser

presidente. Pero lo cierto es que el constituyente en todos estos casos tuvo en mente un determinado número de circunstancias fácticas, de allí que respecto a las normas las respuestas son previsibles porque con mayor o menor precisión existe en ellas un diseño de las situaciones que las mismas están destinadas a regular. Tan es así que, si existieran en el mismo texto constitucional normas que decidieran de otra manera las mismas situaciones planteadas, no dudaríamos en señalar la contradicción, no podrían ambas ser válidas y deberíamos optar entre ellas en base a algún criterio “externo” a ellas. Así si en caso de una inadvertencia legislativa se mantuviera el actual texto del art. 89 pero una reforma posterior en otro artículo dispusiera como requisito una residencia inmediata en el país de cinco años, podría resolverse el “conflicto” en base al principio de la prioridad de la norma posterior.

Los principios asumen una estructura y función diversa a la norma. Los principios suministran una respuesta a las situaciones planteadas que sólo “prima facie” es correcta y ello es así porque varias respuestas suministradas por distintos principios pueden estar en conflicto pero aquellos siguen siendo válidos a la vez. La respuesta final correcta dependerá del “peso” de cada principio respecto al caso individual a resolver, ese “peso” es relativo, no puede generalizarse, de allí que en otro caso semejante podría prevalecer otro principio que en ese “otro caso” tuviera “mayor peso” (6). Obviamente las normas pueden acoger y de hecho acogen en su contenido a los principios. Dworkin brinda un ejemplo que me parece ilustrativo porque “prima facie” parece que se trata de una norma que contradice un principio, pero en realidad lo recibe, sólo que acoge una excepción al mismo. Él señala que un principio jurídico es el que establece que “nadie puede aprovecharse de su propio fraude o injusticia” (7). Pues bien, es sabido que las normas que regulan la prescripción adquisitiva sin justo título en realidad contradicen este principio, ya que permiten que quien ocupara sin derecho a poseer termine adquiriendo el dominio. Pero en realidad, estas normas se “hacen cargo” del principio mencionado, ya que lo “contradicen” siempre y cuando se cumplan determinados requisitos, vinculados básicamente con el

transcurso de un determinado plazo y con que la posesión reúna determinadas características. Si la norma adopta esta solución en este caso particular es porque el legislador consideró que tiene más “peso” otro principio que entra en conflicto con el anterior y que es el de la seguridad jurídica o aseguramiento de los derechos (8). Ahora bien, el principio que “cedió” en este caso puntual no deja de ser válido en otros casos, “sobrevive” aún cuando no prevalezca en una situación particular. Además se patentiza en este ejemplo que la función de los principios no es determinar una solución como las normas, sino que “orientan” una solución (9).

Luego de caracterizar a los principios de la manera expuesta, encuentro que la mayoría de los artículos que integran la parte dogmática del texto constitucional consagran principios en el sentido antedicho y en ese caso no serían normas en el sentido que Dworkin asigna a las mismas. Básicamente los artículos que consagran derechos establecen principios. ¿Qué solución determinada brinda el artículo 15 en cuanto establece que todos sus habitantes son iguales ante la ley, o el artículo 17 al ordenar que la propiedad es inviolable? La precisión de la solución se desvanece aún más ante los textos de los artículos 19 y 28 que consagran los principios de reserva y razonabilidad. De por sí es difícil definir qué debe entenderse por orden o moral pública y si bien parece un concepto más preciso el de “perjudicar a un tercero” éste tampoco consagra una decisión en un sentido determinado en el texto del artículo 19. Menor precisión encontramos en la prohibición de alteración de los derechos por las leyes que constituye el meollo del artículo 28. Pero resulta claro que si estos artículos no proporcionan una decisión determinada para un caso particular, sí la orientan, tal como se dijo en el párrafo precedente. Sobre esta “función orientadora” y de qué manera pueden “entrar en conflicto” los principios, me explayaré más adelante.

Me ocuparé ahora de los valores. No analizaré el arduo tema acerca de la objetividad o la relatividad de los valores, primero porque excede el ámbito de este reducido trabajo y segundo porque hace a una cuestión filosófica sumamente pro-funda y controvertida acerca

de la cual podría llegar a fundamentar determinadas intuiciones pero no sé si emitir juicios concluyentes. A los fines de este trabajo basta con brindar una idea de lo que se suele entender por valores. Se ha dicho que el preámbulo de la Constitución contiene “decisiones políticas fundamentales, las pautas del régimen, los fines y objetivos, los valores (la negrita nos pertenece) propugnados...”, así como que “el preámbulo no ha de ser tomado como literatura vana, porque los fines y valores que enuncia su proyecto obligan a gobernantes y a gobernados a convertirlos en realidad dentro del régimen político” (10). Bidart Campos toma como sinónimos fines y valores, señalando seis en el preámbulo: unión nacional, justicia, paz interior, defensa común, bienestar general y libertad (11). De dicha enumeración la justicia y la libertad aparecen específicamente como valores que se corresponden con los derechos de las personas, de hecho podemos hablar de un derecho a la justicia y a la libertad, mientras que no resulta tan claro que las personas individualmente tengan derecho a la unión nacional, a la paz interior, a la defensa común o al bienestar general, sino que estos últimos cuatro aparecen como fines u objetivos políticos y en contadas oportunidades se los puede invocar por parte de las autoridades para restringir derechos en lugar de tutelarlos, sin que esto implique un juicio en demérito de los mismos. Lo que esta reflexión sugiere es que los valores, que podríamos bosquejar como ideas o representaciones de estados de la realidad que se consideran deseables, están ligados a los derechos. En otro lugar intenté una definición de los derechos, utilizando una terminología patrimonialista y basándome en una fuerte idea “iusnaturalista”, como las “acreencias” de las que el ser humano es titular respecto de aquellos valores que satisfacen su desarrollo integral (12). Más allá de la postura iusfilosófica que se adopte, se puede convenir en este vínculo entre valores y derechos, vínculo que es tan estrecho que muchas veces aparecen como sinónimos. De hecho se habla indistintamente de determinados valores como derechos, como en el caso de la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, el honor, la propiedad. Pareciera que esta identificación de algunos derechos con los valores se da en el nivel más abstracto de derechos, o de derechos sobre los que existe un consenso generalizado acerca de su reconocimiento. Los valores son

ubicados en un nivel de “abstracción” muy elevado, lo que trae como consecuencia que derechos, que podríamos caracterizar como más concretos, como la libertad de expresión o la igualdad ante la ley, en realidad se perciban como especificaciones de dichos valores. Sobre la base de esta distinción entre derechos abstractos y concretos, trataré seguidamente de bosquejar algún tipo de relación entre valores, principios y normas.

III. Relación entre valores, principios y normas

Creo que en base a lo razonado hasta aquí podemos establecer una escala entre valores, principios y normas, de índole descendente, en cuanto se parte del nivel elevado de abstracción en que ubicamos a los valores para llegar a un nivel de concreción que se patentiza en la función de la norma de suministrar una determinada solución a un caso particular. ¿Se puede establecer un tipo de correlación entre principios y derechos concretos, así como en el punto anterior se hizo entre valores y derechos abstractos?. Para responder a este interrogante encuentro útil hacer referencia al concepto que construye Dworkin respecto de ambos tipos de derechos. Dworkin expresa que “un derecho abstracto es una finalidad política general cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad política general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o a qué compromiso se ha de llegar entre ellas”, incluyendo entre ellos a los grandes derechos de la retórica política como la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad (13). La inclusión de la libertad de expresión como derecho abstracto no impide que también sea vista como la especificación del derecho más abstracto aún de la “libertad a secas”, como se dijo más arriba. Ahora bien, por su parte, los derechos concretos para Dworkin “son finalidades políticas definidas con mayor precisión, de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades políticas en determinadas ocasiones”, y brinda el ejemplo del conflicto entre el derecho concreto de un periódico a publicar planes de defensa clasificados como secreto y los derechos de los soldados a la seguridad, ya que esa publicación podría significar un daño físico

inmediato a las tropas (14) . Como se puede apreciar tiene sentido hablar de la relatividad de los derechos, en cuanto a que se ejercen y gozan conforme a las leyes para que puedan “convivir” con otros derechos -en realidad conviven las personas que los titularizan (15) , si nos referimos a los derechos concretos. De allí que no parece consistente efectuar una escala jerárquica de los derechos en abstracto, al menos como principio general, sino que habrá de analizarse en cada caso concreto cuál tiene más “peso”. Esta idea del “peso” es la misma característica que se atribuyó a los principios, a fin de decidir cuál debe prevalecer en una solución determinada. Esta coincidencia creo que permite identificar a los principios como el tipo de estándar jurídico que sirve a la solución de los conflictos entre derechos concretos, no a la manera de la norma de determinar una decisión en un sentido preciso, sino de orientar dicha solución de acuerdo a las características del caso particular. De allí que se haga referencia a que estos casos son casos difíciles y resulta evidente que entre estos casos difíciles se ubican en su gran mayoría los casos constitucionales (16).

Dicho esto, entiendo necesario precisar el concepto de “peso” que se atribuye como característica a los principios y a los derechos. Dworkin lo define como el poder para resistir una competencia de otro principio, de otro derecho o de algún otro objetivo político (17). Creo que un buen ejemplo de un “peso mínimo” que tienen los derechos y los principios, está expresado en el principio de razonabilidad del artículo 28 de la Constitución, ya que en virtud del mismo, ningún objetivo político que se exprese en determinada normativa -por ejemplo: una emergencia económica o institucional, como el estado de sitio-, puede justificar una “alteración” que en la práctica se traduzca en una supresión o desnaturalización de los mismos, o como dice Bidart Campos, no debe dañarse o frustrarse el núcleo esencial del derecho en cuestión (18) . Es decir, que el principio de razonabilidad, y es un principio porque orienta mas no determina una solución determinada para un caso particular, asegura un “piso mínimo de respeto”, o al decir de Dworkin un “peso mínimo” de los derechos.

Para finalizar este punto me referiré a los rasgos que, entiendo, se pueden destacar en la relación entre principios y normas. Creo que se puede decir que los principios “informan” a las normas en cuanto éstas reflejan aquellos. Pensemos en normas del Código Civil, como el artículo 1109 o el 1111, son un reflejo o concreción del principio “alterum non laedere” o aquél por el cual “nadie puede alegrar su propia torpeza”. El artículo. 1113, donde no rige el principio de la culpa, es consecuencia del principio que hace recaer la responsabilidad en quien genera un riesgo u obtiene una ventaja económica con el desarrollo de una actividad. En el campo obligacional resulta innecesario recordar la vigencia del principio de la “buena fe contractual”, expresamente normativizado en el artículo 1198. Tan es así que, como intentaré explicar en el punto siguiente, en ausencia de norma u oscuridad de la misma, entran a terciar los principios a los fines de orientar la “respuesta correcta” de un determinado caso. Y en cuanto al vínculo entre valores y principios, creo factible expresar que los valores son el fundamento, el sustento, si se quiere la “materia prima” de los principios. La libertad es el soporte del principio de reserva, la justicia el del principio de razonabilidad, la seguridad jurídica y también la libertad nuevamente, el del principio de legalidad, por brindar algunos ejemplos.

IV. Los casos constitucionales

Quisiera concluir este trabajo, intentando destacar la importancia de los principios en la interpretación y aplicación de la Constitución. Pero antes de ello quiero retomar la idea de casos difíciles que enuncia Dworkin. Para este autor existe un caso difícil cuando no puede resolverse a través de ninguna norma, porque no es clara la redacción de la norma, o no resulta claro qué norma es aplicable al caso, o directamente porque no existe norma aplicable (19). Ante todo cabe considerar que las circunstancias que se presentan en los casos difíciles están expresamente previstas en el artículo 16 del Código Civil que reza: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se

resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Como se puede apreciar, la misma norma precitada resuelve los casos difíciles recurriendo a los principios y podríamos agregar que, con razón se señala la consideración a las circunstancias del caso, porque es propio de la índole del principio orientar y no determinar la solución al mismo. Pero existe un concepto en la norma transcripta en el que querría detenerme y es el de “espíritu de la ley”. Desde ya que la terminología es metafórica, y que se ha interpretado que se refiere a la télesis o finalidad de la norma. Sin embargo creo que existen argumentos para, no digo identificar, pero sí relacionar a este presunto “espíritu” de la norma, reemplazo aquí ley por norma, con los principios. Si consideramos que el “espíritu” de la norma puede identificarse con su finalidad o intención, Dworkin brinda un concepto de la misma, expresando que el mismo “sirve de puente entre la justificación política de la idea general de que las leyes crean derechos, y aquellos casos difíciles que plantean qué derechos ha creado una ley determinada” (20). Y en cuanto al concepto de principios que “están en la base de” o “incorporados en” las normas jurídicas, manifiesta que “sirve de puente entre la justificación política de la doctrina de que los casos semejantes deben ser decididos de manera semejante y aquellos casos difíciles en que no está claro qué exige esa doctrina general” (21). Entiendo que tiene sentido referirnos a la intención o finalidad de la norma si “anclamos” este concepto al de los principios incorporados en ella, ya que ellos son los que otorgan un significado sustantivo a aquélla y de esa manera permiten “descubrir” qué derecho se ha generado o reconocido en la misma.

La función de los principios, en cuanto “orientar” la solución a un caso particular, en el supuesto de oscuridad o inexistencia de norma expresa, creo que es ejemplificable en cuestiones de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, como el recurso a determinados principios como el de la “buena fe contractual” -más allá de que se halla normativizado-, o el de los actos propios o el de la responsabilidad especial -incorporado en el art. 902 del C. Civil-. Antes de ingresar de lleno en los casos constitucionales, quisiera

referirme a dos “casos difíciles” que se presentan como cuestiones de responsabilidad civil pero que también involucran un conflicto de principios de índole constitucional. Uno es el de la responsabilidad civil por los actos de los medios de difusión. Resulta claro que dicha responsabilidad existe y que la jurisprudencia es frondosa al respecto. Pero entiendo que se trata de un caso difícil porque esa responsabilidad se pone en duda por alegarse un “derecho” a publicar como concreción de la libertad de expresión, con lo cual se pone en jaque el elemento de la antijuridicidad a través de la vía del artículo 1071, 1er. párrafo del C. Civil. Esto hace que los estándares de culpabilidad en este tipo de responsabilidad -negligencia y dolo- adquieran determinadas características especiales, en cierta medida se exige una “especial negligencia” que se ha plasmado jurisprudencialmente, por ejemplo en la doctrina de la real malicia. Pero lo cierto es que se trata del balance entre dos principios o derechos concretos o principios, el de publicación -léase libertad de expresión- frente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, etc. De acuerdo al “peso” de estos principios en cada caso particular puede variar la solución. Así la doctrina de la real malicia importa, en términos generales, reconocer mayor “peso” a la libertad de expresión si el afectado resulta ser un funcionario o un personaje público. El otro caso que merece destacarse es el de la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Pensemos que este tipo de responsabilidad, si se la encuadra en el C. Civil, más allá de la controversia de “incumbencias” entre civilistas y administrativistas, no sólo no existe ninguna norma de ese texto legal que la recepte, sino que además importa una excepción al presupuesto de la antijuridicidad acogido en el artículo 1066. Sin embargo la jurisprudencia ha aceptado esta responsabilidad con fundamento directo en normas de índole constitucional, o mejor dicho en principios de ese nivel, como el de la “igualdad ante las cargas públicas” incorporado en el artículo 16 de la carta magna. A ese principio se le podría argumentar en contra el principio de legalidad del artículo 19, en cuanto quien resulta perjudicado lo es en virtud de un acto legal. Mas el principio del artículo 16 parece tener mayor “peso” para inclinar la balanza, o quizás habría que concluir que ese peso lo recibe del principio de

razonabilidad del artículo 28, en cuanto el acto lícito en cuestión viene a “alterar” el derecho del artículo 16.

Con lo razonado en el párrafo anterior, resulta evidente la clara utilidad, podríamos decir ¿necesidad?, del recurso a los principios para resolver los casos constitucionales. Lo que ocurre es que éstos, por comprometer en su gran mayoría la parte dogmática de la Constitución, requieren la remisión a principios, ya que los artículos de la misma importan, en su mayoría, ese tipo de estándar jurídico de acuerdo a lo expuesto en el punto II. En primer lugar puede hablarse de caso constitucional en el supuesto de que haya que interpretar el texto constitucional. En ese sentido, se ha sostenido que las normas de la Constitución deben interpretarse, integrándolas en la “unidad sistemática” de la misma, “relacionándolas, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y compatibilidad entre ellas” (22). Ahora bien, las estrictamente normas, en el sentido que usa Dworkin, parecen imposible de armonizar, ya que si cada norma determina una solución para un caso concreto, las mismas se relacionan entre sí de manera disyuntiva, o se aplica una o la otra (23) . Si existe un conflicto entre una norma constitucional y otra infraconstitucional, la cuestión se resuelve por la vía del control de constitucionalidad de esta última y prevalece la primera, en virtud del principio de supremacía constitucional que a su vez está positivizado en el artículo 31. Pero ¿qué ocurre si el conflicto se da entre dos normas de rango constitucional?. Aquí no se puede invocar la supremacía formal de una sobre la otra. En tal hipótesis, puede ser que el conflicto sea aparente porque una sola norma sea la aplicable al caso. Y la existencia de conflicto real entre dos normas - reitero en el sentido de Dworkin-no parece posible, ya que se trata de estándares jurídicos que determinan una solución particular, como en el caso de la mayoría de los artículos de la parte orgánica. Como ejemplo podría pensarse que existe conflicto entre la norma del artículo 99, inciso 4 que requiere un nuevo nombramiento del magistrado que cumpla la edad de setenta y cinco años y la del artículo 110 que establece que los jueces conservan sus empleos mientras dure su buena conducta. Creo que allí no es posible tal armonización,

porque o prevalece el artículo 99, inciso 4 por entenderse que es una “norma especial” y en ese caso la cuestión se resuelve por el “principio” de la prevalencia de la norma especial, o prevalece el artículo 110 en virtud del “principio” de inamovilidad de los jueces, en cuyo caso habrá que desarrollar los argumentos de ese principio y calibrar su “peso” frente a los que pueda “informar” la norma del artículo 99, inciso 4. En definitiva la solución remite a “principios”. Personalmente encuentro que la cuestión se resuelve correctamente entendiendo que la norma del art. 75, inciso 4 es norma especial y debe prevalecer. Obviamente si dicha norma fuera de índole infraconstitucional entiendo que la alcanzaría la tacha de inconstitucional frente a la regla del artículo 110.

Si se trata de armonizar “principios”, como los que se encuentran incorporados en la parte dogmática, siempre se tendrá que hacer prevalecer uno sobre otro para encontrar la “respuesta correcta” y para ello habrá que sopesar los argumentos en el caso particular. Esto resulta evidente en el caso de los derechos y ya lo hemos visto más arriba con el conflicto que se presenta en los casos de responsabilidad por los actos periodísticos, donde según el caso puede privilegiarse la libertad de expresión o el derecho al honor u otros. Pero ello no importará que el principio que “cede” pierda vigencia, sino que en ese caso el otro es de mayor “peso”. Otro ejemplo de suma actualidad se plantea con la problemática social de los “piquetes”. Más allá de la figura delictiva que corresponde al orden infraconstitucional del Código Penal, aquí tenemos dos derechos de la parte dogmática en conflicto, es más ambos reconocidos en el mismo artículo, el 14. Los mismos son el de petionar a las autoridades y la libertad de transitar. Un análisis simplista podría decir que el de petionar a las autoridades no puede amparar conductas delictivas como el corte de una calle o ruta, pero profundizando la cuestión creo que deberían valorarse las circunstancias particulares del caso. Así podría ser que el conflicto se dé entre quienes cansados de que las autoridades desoigan sus reclamos corten una calle que ocasione molestias al libre tránsito pero no lo impida porque pueden existir vías alternativas, o bien que quienes como primera medida de petición

corten una ruta que carece de vía opcional. La solución más razonable será consecuencia del mayor peso argumentativo de cada principio, que podría imaginarse que hará prevalecer en el primer caso el derecho de petición y en el segundo el de libre tránsito. Puede ser que se entienda por ello armonización, pero en definitiva la solución pasará por hacer prevalecer algún principio o derecho sobre el otro por hallarse mayores argumentos en su favor, en definitiva por su mayor “peso” en ese caso particular. Pero ello no invalidará al principio perdedor para casos futuros.

Para concluir encuentro que es posible identificar una cadena descendente que va de un nivel elevado de abstracción a uno de plausible concreción que reconoce como eslabones a los valores, a los principios y a las normas. El grueso de los casos constitucionales parece resolverse en virtud de principios y no de normas. ¿Pueden resolverse casos extremadamente difíciles en virtud de valores?. Me aventuro a brindar una respuesta negativa, ya que si se efectúa una correlación entre valores y derechos abstractos, nos faltaría el dato del “peso”, que mencionamos antes para poder calibrar el nivel de resistencia de un principio o derecho frente a otro en conflicto. Y el concepto de “caso constitucional” requiere necesariamente la existencia de un conflicto que exige una decisión judicial que le brinde solución.

Bibliografía

- (1) conf. Bidart Campos, Germán J.: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T I, pág. 109.-
- (2) conf. aut. cit., op. cit., idem, pág. 109.
- (3) Dworkin, Ronald: “Los derechos en serio”, Ariel Derecho, 4ta. Reimpresión, marzo 1999.
- (4) conf. Dworkin, op. cit., pág. 78.
- (5) conf. Caracciolo, Ricardo: “Discreción, respuesta correcta y función judicial”, en “Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law”, aut. varios, Editores del Puerto S.R.L., pág. 218.
- (6) conf. Caracciolo, op. cit, págs. 218/219.

- (7) conf. Dworkin, op. cit., pág. 73.
- (8) conf. Dworkin, op. cit., pág. 76.
- (9) conf. Dworkin, op. cit., pág. 78.
- (10) conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág. 105.
- (11) conf. aut. cit., op. cit., idem, págs. 105/107.
- (12) ver el artículo de mi autoría: “Derechos humanos y bien común: un tema de filosofía política en el fondo de un fallo judicial”, en ED del 19 de julio de 1991.
- (13) conf. Dworkin, op. cit., pág. 162.
- (14) conf. Dworkin, op. cit., pág. 162.
- (15) conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág. 727.
- (16) conf. Dworkin, op. cit., capítulos 4 y 5.
- (17) conf. Dworkin, op. cit., págs. 160/161.
- (18) conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág. 364.
- (19) conf. Dworkin, op. cit., págs. 146/147.
- (20) conf. Dworkin, op. cit., pág. 176.
- (21) conf. Dworkin, op. cit., pág. 176.
- (22) conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág. 127.
- (23) conf. Dworkin, op. cit., pág. 78.

Algunas consideraciones acerca del artículo 10 de la Constitución provincial y del control de constitucionalidad de oficio

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: El Reporte N° 13 (octubre 2004), p. 24-31.
[Consultado el: 15-01-2021]

Sumario:

I.- Introducción. II.- El artículo 10 de la Constitución del Chubut y su “sintonía” con el control judicial de constitucionalidad de oficio. III.- Críticas al control judicial de constitucionalidad. IV.- Una posible defensa del control judicial de constitucionalidad que no alcanza a defender totalmente al control de oficio. V.- Un escollo más, el principio “iura curia novit” y la distinción entre principios y normas como eventual solución al mismo. VI.- Algunas conclusiones referidas a nuestro artículo 10.

I. Introducción

El propósito de este trabajo es compartir algunas reflexiones respecto del control judicial de constitucionalidad de oficio en general y relacionarlo con el artículo 10 de la Constitución del Chubut en particular. Me han motivado a escribir sobre este tema varias circunstancias, algunas de ellas recientes. En primer lugar, y entre las razones recientes, cabe mencionar que la Suprema Corte de Justicia ha reafirmado la jurisprudencia que admite el control de constitucionalidad de oficio, por lo cual, si hasta ahora existían algunas dudas acerca de la posición del más alto tribunal, actualmente, más allá de que se comparta o no la postura de la Corte, no es posible desconocer que la misma ha fijado una posición en tal sentido. Otras

de las motivaciones que debo enumerar es la lectura de cierta doctrina que con sólidos argumentos cuestiona el control judicial de constitucionalidad “per se”, no ya de oficio, posición que lógicamente y “a fortiori” deslegitima el control judicial de oficio. A raíz de la búsqueda de argumentos que “dejen a salvo” el control judicial de constitucionalidad, una posible solución me ha llevado a razonar en forma desfavorable al control judicial de oficio, al menos parcialmente. Y por último diré que tales argumentos me conducen a que encuentre necesario efectuar algunas precisiones en torno a la norma del artículo 10 de la Constitución Provincial. Esto en lo personal no deja de representar un conflicto importante, ya que los jueces provinciales, universo del que formo parte, están obligados a ejercer un control judicial de oficio de constitucionalidad en cumplimiento de dicha norma, sin dejar de considerar la jurisprudencia ejemplar de la Corte en el mismo sentido. Sin embargo no puedo dejar de evaluar las dificultades que el cumplimiento irrestricto de la mencionada norma pueda generar a los jueces, quienes al aplicar determinadas leyes, estarían desobedeciendo una manda constitucional. Las posibles conclusiones a las que pretendo arribar al final de este artículo, creo que podrían llegar a considerarse un intento de solución de tales dificultades y de conciliar el control judicial de constitucionalidad de oficio con los reparos y críticas que el mismo me merece desde la teoría constitucional.

II. El artículo 10 de la Constitución del Chubut y su “sintonía” con el control judicial de constitucionalidad de oficio

El artículo 10 de la Constitución Provincial establece: “Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permita o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces”. Ante dicho texto cabe resaltar, en primer lugar, la tésis loable de “prevenir” el dictado de normas infraconstitucionales que disminuyan la protección de los derechos y garantías consagrados por la carta magna local. Ahora bien, resulta evidente que los jueces están obligados al menos a no aplicar

tales normas y si bien el artículo no impone expresamente la declaración de inconstitucionalidad de oficio, resulta de toda lógica jurídica que los jueces deben efectuar esta declaración en base a la norma constitucional en cuestión, como argumentación razonada que motive la no aplicación de la norma infraconstitucional. Y este control de constitucionalidad debe ser de oficio, ya que el artículo 10 establece una manda de “no aplicación”, sin necesidad de que lo requiera la parte afectada.

Es así que la norma que analizamos se hace eco decididamente de la postura que propicia el control de constitucionalidad de oficio. Sería tedioso enumerar las distintas opiniones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, en favor del control de constitucionalidad de oficio. Antes de la recepción jurisprudencial de esta posición, Bidart Campos se había mostrado como un férreo defensor de que los jueces efectúen este control sin necesidad de la petición de parte interesada. Para el recordado maestro la cuestión importaba una aplicación del principio “*iura curia novit*”, por el cual el juez suple el derecho que las partes no le invocan o le invocan mal, por lo que el magistrado depende de las partes en lo que “tiene” que fallar, pero no en “cómo” debe fallar y para esto último tiene que tomar en cuenta la estructura jerárquica y escalonada del orden jurídico, prefiriendo la norma superior frente a la inferior que la ha transgredido (1)

Agregaba que el juez debe aplicar “bien” el derecho y para subsumir el caso concreto dentro de la norma, debe seleccionar la que tiene prioridad constitucional, ya que si aplica una norma inconstitucional está aplicando “mal” el derecho. En suma, para el autor citado, el control de constitucionalidad está dentro de la función de administrar justicia y en cuanto a que es inherente a su obligación de fallar y de fundar el fallo en el orden jurídico vigente como conclusión razonada y razonable, el juez debe efectuar la fiscalización constitucional sin necesidad de pedido de parte (2) . En sentido concordante dice Sagüés que la teoría que veda la declaración de inconstitucionalidad de oficio es inconstitucional porque viola el principio de supremacía constitucional del art. 31 (3), así como es la

opinión de Bianchi, Haro, Hitters y Alvarado Beloso, quienes en sentido concordante afirman que el control de constitucionalidad es una función de la actividad judicial y no le es dado a los jueces renunciar a ella (4).

La jurisprudencia de la Corte, evolucionó desde una primera etapa fundacional en la cual el máximo tribunal ejerció el control de constitucionalidad oficiosamente -como en el precedente “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”, siguiendo al “leading case” norteamericano: “Marbury v. Madison” del que también se desprende un control oficioso-, a una segunda etapa inaugurada por el fallo: “S.A. Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina”, en la cual la Corte se decidió abiertamente por la exigencia de la petición de parte para la declaración de inconstitucionalidad (5). Esta postura comenzó a tener fisuras con las disidencias manifestadas a partir de la Corte nombrada en 1983, considerando Fayt que comienza así un tercer período hasta 2001, en el cual la minoría disidente se pronuncia a favor del control oficioso de constitucionalidad (6)

La cuarta y última etapa sería inaugurada con el fallo “Mill de Pereyra” del 27/09/ 01, en el cual la hasta entonces minoría pasó a ser mayoría, sosteniendo, entre otros argumentos para fundamentar el control de oficio, que el derecho de defensa de las partes no se ve menoscabado por el ejercicio de dicho control, ya que si así fuese debería descalificarse toda aplicación de oficio de toda norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso (7). Esta última postura ha sido recientemente ratificada en el fallo: “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación BCRA) s/ quiebra” del 19/08/04, con lo que se ratifica el reconocimiento jurisprudencial al nivel del máximo tribunal federal del control judicial de constitucional de oficio.

III. Críticas al control judicial de constitucionalidad

En este punto me detendré en analizar los argumentos brindados desde la teoría política y constitucional, no ya para descalificar el control judicial de oficio, sino para cuestionar directamente el control judicial de constitucionalidad. Los autores que efectúan este cuestionamiento, lo hacen a partir de la tensión existente entre constitución y democracia, por cuanto la constitución limita o cercena el autogobierno que implica la democracia como forma de gobierno. La mayor, aunque no única, relevancia práctica que encontramos en esta tensión radica en la impugnación de inconstitucionalidad de decisiones de los órganos de gobierno - básicamente el legislativo, por su condición de portavoz de las diferentes opiniones de la población- y el consecuente rol que debe asumir el órgano judicial en el ejercicio de dicho control. No debe sorprendernos que entre las posiciones más críticas del control judicial se ubique a Waldron, ya que se trata de un jurista del área del “Commonwealth” -neocelandés de origen y docente en Gran Bretaña-, ya que los países que integran dicha comunidad carecen en sus sistemas políticos del citado control judicial, y ello es así porque carecen de una constitución codificada y porque en ellos, en materia de derechos la “última palabra” la tiene el parlamento y no la justicia. En apretada síntesis, Waldron entiende que el problema en estudio debe encararse desde la perspectiva de una teoría de la autoridad y no desde una teoría de la justicia o de los derechos (8). Y ello es así porque, dado que existe desacuerdo entre las personas respecto a qué es justo y cuáles derechos deben ser reconocidos, una teoría democrática de la autoridad exige que sea el pueblo, y en la democracia representativa a través de los legisladores, quien decida tales cuestiones. En consecuencia, dice Waldron, resulta insultante para los miembros de una comunidad que un grupo de jueces, que incluso pueden decidir por mayoría -y hasta por un voto- tal como lo hace el parlamento o el pueblo mismo, sea quien decida qué alcance o contenido cabe asignar a una norma o a un derecho referido en ella, con lo cual se manifiesta contrario no sólo al control judicial de

constitucionalidad, sino también a la introducción de un “bill of rights” con jerarquía constitucional supralegal (9).

En el país donde nació el control judicial de constitucionalidad y donde existe un “bill of rights” a través de las enmiendas constitucionales, también existen cuestionamientos a aquél. En-tre los autores norteamericanos que, al menos, ponen en duda parcialmente el control judicial de constitucionalidad, encontramos a John Ely. Este autor entiende, en consonancia con el respeto de la regla de la mayoría, que las decisiones acerca de valores sustanciales -v.gr.: aborto, derecho de propiedad- debe ser tomadas por la “política”, es decir por el pueblo a través de sus representantes y el control judicial debe limitarse a los valores “procedimentales”, esto es a garantizar que las decisiones sobre los valores sustanciales sean tomadas con la más amplia participación de los interesados, destacando la protección de las minorías en el acceso a esta participación. De allí que la función judicial se asemeje a la arbitral, en el sentido de que se debe limitar a permitir que “todos jueguen” en la toma de decisiones, a controlar la regular aplicación de los procedimientos constitucionales (10). Otro autor que podemos ubicar en una línea “cuestionadora” del control judicial es Ackerman, quien con su concepción de la democracia dualista, entiende que en el sistema democrático se pueden distinguir dos tipos de decisiones: las de índole constitucional -materialmente supralegal, aunque formalmente puede ser legal- que toma el conjunto de la ciudadanía, y las meramente legislativas que el pueblo adopta a través de los gobernantes. Las segundas no pueden contradecir a las primeras, por lo que el control judicial de constitucionalidad debe limitarse a “revertir” las segundas cuando se da esa contradicción, mas no puede revisar a las decisiones constitucionales, que pueden darse no sólo con una reforma de la carta magna, sino también cuando existe una masiva participación y discusión popular sobre temas centrales, por caso, integración racial o política económica. En tales situaciones, los jueces deben acatar la expresión del pueblo, evitando asumir un rol contramayoritario, si bien pueden “bloquear” nuevos acuerdos mayoritarios, llamando a la “reflexión” a quienes tomen esas

nuevas decisiones, como ocurrió con el rol de la corte norteamericana durante el “New Deal” (11).

En la doctrina argentina encontramos la solitaria opinión de Gargarella, quien enrolado en una postura cercana a la de Waldron, cuestiona decididamente el control judicial de constitucionalidad en su obra “La justicia frente al gobierno” (12). Comienza por analizar los orígenes del control judicial de constitucionalidad en Estados Unidos, los que se encuentran netamente ligados a la desconfianza de las clases pudientes a las legislaturas estatales y al poder popular, arribándose así al célebre fallo “Marbury v. Madison”, en el cual el control de constitucionalidad declamado no es más que un “obiter dicta” y no el “holding” de la decisión de fondo, la cual por otra parte fue favorable a la decisión gubernamental (13). En apretada síntesis, Gargarella comparte la idea de democracia como autogobierno a la que alude Waldron, pero excluye de la regla de la mayoría las materias que hacen a la moral privada, respecto de las cuales cada persona debe ser la última autoridad en cuanto al modelo de vida que prefiere desarrollar. El resto de las cuestiones que trascienden la moral privada, deben ser decididas por la regla de la mayoría luego de un adecuado proceso de reflexión colectiva (14). Como consecuencia de estas ideas básicas, comparte la idea que expone Ely en cuanto a la labor judicial como árbitro a fin de asegurar las condiciones del debate democrático, y en cuanto al control de constitucionalidad judicial, el mismo debe limitarse a proteger el ámbito de decisión de los individuos en la esfera de la moral privada, evitando el dictado de leyes “perfeccionistas” al respecto, en cuyo caso debe ceder la regla de la mayoría. También esboza como alternativa a un control judicial que sea la “última palabra”, el establecimiento de un diálogo entre los jueces y los legisladores a través de la técnica del “reenvío”, como manera de exigir una nueva reflexión al parlamento cuando los tribunales entienden que su decisión es inconstitucional (15).

IV. Una posible defensa del control judicial de constitucionalidad que no alcanza a defender totalmente al control de oficio

Se han esgrimido distintas respuestas a las críticas que, como las reseñadas, deslegitiman el control judicial de constitucionalidad por la falta de legitimación democrática del poder judicial y que ven en ese control un “gobierno de los jueces” fundamentado en una concepción epistémica elitista y aristocrática, por argumentarse que los jueces son quienes, por formación y hábito laboral, están en mejores condiciones de decidir las cuestiones constitucionales (16). Una defensa del control judicial de constitucionalidad se ha basado en el origen representativo de los magistrados, ya que si bien ellos no son elegidos directamente por la población, lo son de modo indirecto y en segundo grado, ya que en su designación intervienen los otros dos poderes que sí son elegidos directamente, sin perjuicio de señalar que a partir de la reforma de 1994 el proceso de selección de los jueces inferiores se cumple a través del Consejo de la Magistratura donde también están representados los órganos elegidos directa y popularmente (conf. arts. 99, inc. 4 y 114 de la Constitución Nacional) (17). Y si se trata de nuestro sistema provincial, podemos esgrimir mayores “títulos democráticos” en la designación de los jueces inferiores, ya que el Consejo de la Magistratura se integra con representantes elegidos popularmente (conf. art. 187 de la Constitución Provincial). Entiendo que esta defensa es endeble por cuanto si bien cabe reconocer un origen representativo indirecto en la judicatura, dicho reconocimiento no alcanza a justificar por qué debe ser un órgano con representación indirecta y no sujeto a una responsabilidad electoral inmediata -como el judicial- (18) y no otro con representación popular directa -como el legislativo- quien tenga la “última palabra” en materia constitucional.

Desde esta publicación, Hitters ha reseñado y vertido interesantes argumentos a fin de controvertir la falta de legitimidad democrática del poder judicial y a su vez la condición de organismos democráticos mayoritarios de los órganos ejecutivo y legislativo (19).

En efecto, con distintas citas, pone en duda esa condición de los departamentos ejecutivo y legislativo, los cuales más que portavoces de la voluntad popular muchas veces son una compleja estructura de ciertos grupos que buscan ventajas entre los varios centros de presión, o al menos la voluntad genuina del electorado no siempre resulta emanada de los parlamentos; es así que en más de una oportunidad el cuerpo legislativo resulta influenciado por distintos factores de poder, por lo que no gozaría de mayor consenso que el judicial, que está más cerca de quienes reclaman justicia, es decir de la población en general (20). Con relación a esta falta de legitimidad popular real de los órganos políticos -en especial el legislativo-, si bien el diagnóstico puede ser acertado, el mismo no justifica “per se” al control judicial, ya que se puede responder que en todo caso se trataría de un problema de reforma política a fin de asegurar la mayor representatividad de los cuerpos legislativos. Como dice Gargarella, la crítica a los controles “populistas” de constitucionalidad deja vigente a la impugnación al carácter contra mayoritario del control judicial. Si se cuestionan a las asambleas legislativas por representar sólo un pálido reflejo de la voluntad ciudadana, mucho más se debe criticar al poder judicial -en su capacidad para decidir cuestiones constitucionales-, ya que no se encuentra sujeto a elección ni remoción popular (21). Entre otros argumentos que desgrana Hitters en defensa de la legitimación democrática del poder judicial y del control judicial de constitucionalidad, considera que en dicho poder se da una mayor participación popular por el “trato directo” que los juzgadores deben tener con las partes, ante él, el pueblo actúa en forma directa mientras que ante los otros departamentos del gobierno lo hace en forma mediata. En síntesis, agrega que como la tarea judicial consiste en tratar con “casos reales” - creo que la expresión apropiada es “casos particulares”- tiene la posibilidad de ser realmente “representativa, próxima y sensible” de las necesidades de la población (22). Encuentro esta visión demasiado optimista respecto a la cercanía del poder judicial hacia la población. Es un dato de la realidad que se trata de un órgano respecto del cual la opinión pública ha tenido y tiene, en los últimos tiempos, una imagen muy deteriorada. Y si esta percepción popular resultara como producto de problemas de comunicación

mediática, lo que parcialmente puede ser cierto, en todo caso ello habla de un problema “comunicacional” que revelaría una carencia de “proximidad y sensibilidad” hacia la población. Entiéndaseme bien, no quiero con esto argumentar que el poder judicial deba hacer constante “publicidad” de su tarea, sino solamente apuntar que del hecho de “tratar” diariamente con “casos particulares” no se deduce derechamente que los jueces estén más en contacto con la realidad de la gente, de hecho se critica y muchas veces con razón, que los magistrados “tratan con papeles y no con personas”. A ello cabe añadir los argumentos de Gargarella, que compartimos plenamente, en cuanto a que los jueces también se encuentran sujetos o son permeables a las presiones los otros dos poderes o de grupos de presión que puedan distorsionar su contacto con la ciudadanía, o bien corren el peligro de aislarse de la misma manera hasta el grado de perder contacto con ella, al riesgo de burocratizar su funcionamiento (23).

Luego de esta crítica a estas “defensas” del poder judicial y del con-trol de constitucionalidad ejercido por el mismo, parecería que no hay mayores argumentos para sostener a este último frente a la objeción “democrática” que concibe a este control como manifestación de un “elitismo gnoseológico”. Voy a intentar esbozar una respuesta a esta objeción, desde una cierta “defensa democrática” del con-trol judicial. Para ello necesito referirme, aunque sea en forma muy apretada, a la concepción de la democracia deliberativa que enunciara Carlos Nino (24). Muy resumidamente podemos decir que para Nino el valor de la democracia es de carácter epistémico, en cuanto es el sistema en el cual las decisiones se toman mediante el diálogo racional. Nino habla de un “constructivismo epistemológico” que sostiene que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada no por el consenso que es el resultado de la discusión moral sino por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión. El fundamento del valor epistémico de la discusión moral radica en la participación en ella de todos los afectados por las soluciones que se proponen, ya que dicha participación maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada

sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes (25). A su vez nuestro autor indica que el valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerequisites sin los cuales no existirá una razón para diferenciar los resultados de la democracia y esas condiciones incluyen: la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones, la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación, la ausencia de minorías congeladas y aisladas y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación (26).

A la luz de los argumentos de Nino en favor del valor epistémico de la democracia, encuentro que puede esgrimirse una defensa del control judicial de constitucionalidad que “sintonice” con dicho valor epistémico. El razonamiento sería que el proceso judicial, por sus características, impone una suerte de “mini” discusión moral, en el sentido que una persona expone sus argumentos a favor de su pretensión y los explica a un juez al que recurre libremente -la excepción estaría dada en el proceso penal oficioso- y éste le confiere traslado a la parte contraria para que a su vez exponga sus argumentos para dictar luego una decisión que deberá hacerse cargo de los argumentos de uno y otro. Como se puede apreciar, existe una participación libre e igual de los interesados -y si bien la decisión la toma el juez, esta decisión puede ser objeto de varias revisiones a instancia de los interesados-; la orientación de la comunicación -tanto de las partes como del juez- tiende a brindar argumentos que justifiquen las pretensiones de aquéllas como la decisión de éste; a través del proceso judicial tienen acceso muchas veces “minorías congeladas y aisladas” que de otra manera no podrían hacer oír sus intereses; y el marco emocional de dicho proceso es, por su diseño, más apropiado para la argumentación que el del proceso parlamentario, en primer lugar porque la argumentación se concentra en el caso particular donde se aprecian mejor los intereses individuales en juego mientras que en el proceso parlamentario lo que se tiene en cuenta son necesidades generales que justifiquen la sanción de una ley,

y en segundo lugar la labor legislativa es proclive a la toma de decisiones donde lo emocional y lo marcadamente ideológico prevalezca sobre una argumentación racional, lo que no ocurre en una sentencia, y si ello ocurre la misma puede ser dejada sin efecto por la tacha de arbitraria. Es así que la “legitimación democrática” del poder judicial no radica en su representación indirecta o en que sus miembros están más cerca de la realidad cotidiana, sino en que las propias características del proceso y la función judicial permiten una argumentación racional que importa una “discusión moral particularizada”. Si estos argumentos justifican la labor judicial, cabe decir por extensión que el control judicial de constitucionalidad implica una “reapertura” del debate democrático, que permite a quien se considera afectado por una norma infraconstitucional -y que muy posiblemente no pudo hacerse escuchar en forma previa al proceso parlamentario- peticionar que dicha norma no le sea aplicada porque entiende que contradice normas constitucionales. Ahora bien, este razonamiento, más allá de sus valores persuasivos si es que los tiene, justifican el control judicial a pedido de parte, pero no el de oficio, ya que hacemos radicar su valor en la participación y argumentación de los peticionantes afectados por una supuesta inconstitucionalidad y digo supuesta porque ésa es la condición que debe asignársele mientras no recaiga decisión judicial firme. El fundamento de una concepción deliberativa de la democracia que legitime democráticamente al poder judicial y al control de constitucionalidad por parte del mismo parecería así que sólo alcanza a justificar el control a pedido de parte.

Esta argumentación está en cierto modo presente en el voto del ex juez de la Corte Moliné O'Connor en su disidencia en el caso “Mill de Pereyra” (27). En dicho voto, entre diversos argumentos, se expresa que para ejercer el control judicial de constitucionalidad es necesario que una persona intente resistir la aplicación de una ley a un caso concreto y de ese modo solicite la ayuda del Poder Judicial para que se declare su inconstitucionalidad. Asimismo se entiende que dentro del orden constitucional según el cual los legisladores son los encargados de dictar las leyes, constituye una “anomalía” que un

individuo (el juez) o un grupo mínimo (los miembros de la Corte) puedan adoptar decisiones contrarias a los actos del Congreso y del presidente. En todo caso esta “anomalía”, que importa la “inaplicabilidad” de la norma en el caso concreto, estaría justificada cuando importe una manifestación genuina del principio de soberanía del pueblo, es decir cuando el individuo, ante la invasión de sus derechos no delegados, decide no aceptar la norma inconstitucional y reclama el control judicial. Continúa diciendo el voto que en esa zona de “reserva” de aquellos derechos no delegados, así como no pueden ingresar los poderes políticos tampoco cabe el ingreso del poder judicial, si el individuo los ha reservado tiene total autonomía para decidir qué hacer frente a la extralimitación de sus representantes y una de las decisiones posibles es consentirla, sin que nadie - por tratarse del más puro autogobierno-ni siquiera los tribunales, puedan sustituir su libre determinación. De esa manera el ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales constituye la expresión máxima de autonomía del ciudadano. Finalmente se concluye con una aseveración que armoniza prolijamente con la idea fuerza de autonomía personal que subyace en la concepción de la democracia deliberativa. La misma señala que el control judicial de constitucionalidad de oficio importa de parte del magistrado una suerte de paternalismo impropio que podría suprimir - según su particular criterio y valoración- la norma dictada por los órganos de gobierno representativos de los justiciables. He preferido realizar una cita casi textual de algunos párrafos del voto, para evidenciar su consonancia con los argumentos arriba expuestos. Agregaré solamente que, de acuerdo a los argumentos que fincan en la concepción de la democracia deliberativa, las personas tendrían un “derecho a acatar la norma inconstitucional”, lo cual es consistente con el principio de “dignidad de la persona”, formulado por Nino como el que permite a la persona tener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contraer obligaciones, asumir responsabilidades y perder derechos, dándose así un proceso dinámico en el cual los derechos pueden ser transferidos y perdidos de modo que algunos individuos puedan disminuir su autonomía en favor de acciones de otros (28) . Respecto

de este principio, encuentro conveniente aclarar que se justificaría suplir judicialmente la voluntad de quienes por razones legalmente establecidas no se encuentran en dominio pleno de su autonomía, como los menores o quienes sufran algún tipo de discapacidad que afecte su voluntad, respecto de cuyos intereses sí cabría el control judicial de constitucionalidad de oficio.

V. Un escollo más, el principio “iura curia novit” y la distinción entre principios y normas como eventual solución al mismo

Sin dejar de apreciar la racionalidad y consistencia de las razones expuestas en el punto anterior para justificar el control judicial de constitucionalidad a instancia de parte y no el oficioso, entre los diversos argumentos que se esgrimen para defender a este último, el del principio “iura novit curia” parece ser un sólido y fuerte fundamento que merece que nos detengamos en él. De manera vehemente Alvarado Velloso considera que el control judicial de oficio no es más que la consecuencia inevitable de la función judicial, ya que es al juez y no a las partes a quien incumbe seleccionar el medio que empleará, escogiendo de entre las diversas normas posibles aquella que por fuerza debe preferirse, es decir atenerse a la Constitución cuando las normas legales no se concilien con ella. Y agrega que, en orden al fin, siendo la Constitución el plan de justa convivencia social, sería inconcebible dejar librada a las partes la posibilidad de que ese fin se conquiste o se pierda, resultando un absurdo que se entregue a las partes nada menos que la posibilidad del pleno imperio del orden jurídico en sus bases primordiales (29) . Respetuosamente, encuentro el argumento expuesto un tanto retórico, ya que no alcanzo a percibir que sea un gran absurdo dejar a los propios interesados, en este caso a las partes, la aplicación del orden jurídico en lo que se refiere al ejercicio de derechos propios -y no en cuanto a afectar derechos ajenos-, es más ello no sería más que una aplicación del principio de la autonomía de la persona. Pero también se ha defendido de manera muy consistente por un juez de la Corte -Fayt- el control oficioso en virtud del principio “iura curia novit”, argumento que mencionáramos

en el punto II. En realidad el principio “*iura novit curia*” como fundamento del control de constitucionalidad de oficio debe ensamblarse con el concepto de función judicial y respecto de éste expresa Fayt que el juez tiene que decidir no sólo sobre los hechos sino también sobre el Derecho y consiguientemente examinar si la ley que pretende aplicar es realmente válida, si ha sido creada en la forma prescripta por la Constitución, debe interpretarla, determinar su sentido y en particular si -formal y materialmente- guarda relación de correspondencia con la Constitución (30). En sentido concordante el voto de la mayoría en “*Mill de Pereyra*” argumenta en un párrafo, en el que se paragona el control de constitucionalidad de oficio con la aplicación del principio “*iura curia novit*”, que no puede verse en dicho control menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso (31).

Este es sin duda un argumento fuerte, pero si es así ¿por qué quienes lo arguyen enfatizan al mismo tiempo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad que debe ser ejercido con prudencia por los jueces?. Si la cuestión es asimilable a la aplicación del principio “*iura curia novit*”, no se alcanza a comprender tal prevención, al menos que también consideremos que la aplicación del “*iura curia novit*” sea un acto de suma gravedad y que deba ser ejercido con prudencia por los jueces, lo cual sí es un absurdo, ya que dicha aplicación es unánimemente entendida como una actividad ordinaria de la función judicial. El mismo voto de la mayoría que recién citáramos en el párrafo siguiente al comentado efectúa esta prevención, explicando que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación en desmedro de la seguridad jurídica (32). Otro autor ya citado que defiende el control oficioso, Hitters, toma en cuenta que el control de constitucionalidad resulta ser un arma muy poderosa que se pone en manos de los jueces y por ello, con cita de Cappelletti, expresa que el

gran problema es el de la índole y los límites de la función judicial y de la legitimidad de los jueces, quien al interpretar las normas, llenan con su propia jerarquía de valores los conceptos demasiado vagos que surgen de las constituciones. Y agrega que conceder a los magistrados ese tremendo potencial no es bueno ni malo “a priori”, depende de la forma en que lo ejerzan y de los medios de los demás poderes para contrarrestarlo, resultando muy difícil fijar en forma abstracta una línea que determine hasta qué punto puede llegar la inspección judicial (33) . A esto se le podría responder sencillamente que para prevenir tales eventuales excesos de los jueces, debe admitirse el control de constitucionalidad exclusivamente a instancia de parte y que lo contrario sería convalidar esa suerte de “paternalismo judicial” mencionado en el voto de Moliné O’Connor, en suma de “elitismo gnoseológico”.

Con todo no hemos dado una respuesta convincente a la postura que asimila el control de constitucionalidad de oficio a la aplicación del principio “iura curia novit”, tan sólo y de manera algo dialéctica, puntualizamos que si se da tal asimilación no se alcanzan a comprender las prevenciones respecto del control de constitucionalidad de parte de quienes defienden su ejercicio oficioso. Lo que intuyo en tales prevenciones es que en el fondo no existe tal asimilación, o al menos no hay una asimilación total entre el control de constitucionalidad y la aplicación del principio “iura curia novit”. Para explicar esta intuición me habré de referir a una distinción que ya tratara de precisar en esta publicación (34). La distinción es la que efectúa Dworkin entre normas y principios, quien al intentar diferenciar unos de otros, señala que si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida y la decisión respecto de cuál es válida no depende de las mismas normas en cuestión, sino de consideraciones que las trascienden; así el sistema jurídico puede dar solución al conflicto mediante otras normas que impongan una determinada regla como la validez de la norma posterior o la especial o puede preferir la norma fundada en los principios más importantes (35). El profesor Caracciolo, comentando a Dworkin, sostiene que las normas o reglas determinan en forma concluyente un resultado, por

ello son aplicables “si es” que se tienen de hecho las condiciones de aplicación (36). En base a ello concluí que los estándares del articulado de la parte orgánica de la Constitución responden a la caracterización de normas, ya que están expuestas en su texto las condiciones de aplicación mentadas, ya que se hace referencia a una acción o situación jurídica determinada, pudiéndose dar como ejemplos el art. 68 que establece la inmunidad de opinión de los legisladores, el art. 80 que dispone la facultad del veto presidencial o el art. 89 que enumera los requisitos para ser presidente. En tales supuestos el constituyente tuvo en mente un determinado número de circunstancias fácticas, de allí que respecto a las normas las respuestas son previsibles porque con mayor o menor precisión existe en ellas un diseño de situaciones que las mismas están destinadas a regular. Tan es así que si en el mismo texto constitucional existieran normas que decidieran de manera diversa las mismas situaciones, no dudaríamos en señalar la contradicción, no podrían ambas ser válidas y deberíamos optar entre ellas según algún criterio “externo” a las mismas (37).

En cambio los principios asumen una estructura y función diversa a las normas. Los principios suministran una respuesta a las situaciones planteadas que sólo “prima facie” es correcta y ello es así porque varias respuestas suministradas por distintos principios pueden estar en conflicto pero aquellos siguen siendo válidos a la vez. La respuesta final correcta dependerá del “peso” de cada principio respecto del caso particular a resolver, ese “peso” es relativo, no puede generalizarse, de allí que en otro caso semejante podría prevalecer otro principio que en ese “otro caso” tuviera “mayor peso” (38). Los principios no determinan una solución como las normas, sino que “orientan” una solución, podríamos decir que no regulan situaciones determinadas, sino que “inspiran” regulaciones a tales situaciones (39). Luego de caracterizar de tal forma a los principios, encontraba que la mayoría de los artículos que integran la parte dogmática del texto constitucional consagran principios y no serían normas en el sentido que distingue Dworkin. Así podía interrogarse ¿qué solución determinada brinda el artículo 15 en cuanto establece que todos sus habitantes son iguales ante la ley, o el artículo 17 al ordenar que la

propiedad es inviolable?. Mayor imprecisión de la solución encontramos en los artículos 19 y 28, que consagran los principios de reserva y razonabilidad, ya que resulta difícil definir el concepto de orden o moral pública del artículo 19 -tampoco el “perjuicio a un tercero” consagra una decisión determinada, aunque es un estándar más preciso-, y menor precisión encontramos en la prohibición de alteración de los derechos por las leyes que constituye el meollo del artículo 28 (40).

Efectuada la distinción anterior, creo que podemos decir que estamos en presencia del principio “*iura curia novit*”, cuando tenemos un conflicto de normas, en el sentido “*dworkiniano*” del término, es decir cuando tenemos dos estándares jurídicos que brindan una determinada regulación a una determinada situación. Pero no veo factible poder decir que estamos frente a un problema de aplicación del “*iura curia novit*” si nos enfrentamos a un conflicto de principios o de principios con normas, porque los principios no brindan una solución determinada a una cierta situación, sino que orientan una cierta regulación o solución. En consecuencia si una ley, decreto u ordenanza, que regula de manera determinada una situación jurídica entra en conflicto con una norma “*dworkinianamente hablando*” constitucional, podemos decir que estamos frente a un caso de aplicación del principio “*iura curia novit*”, por cuanto la aplicación de una excluye la de la otra. En tal caso encuentro que es perfectamente válido ejercer el control de constitucionalidad de oficio, pudiendo dar como ejemplo la declaración de inconstitucionalidad por razones formales de un estado de sitio por motivos de conmoción interior dictado por el Presidente, estando en sesiones el Congreso, en abierta violación de los arts. 75, inc. 29 y 99, inc. 16 de la Constitución Nacional. En cambio si una ley tributaria resulta confiscatoria en violación del artículo 17 que prohíbe dicha confiscatoriedad, el juez para aplicar dicho principio de inviolabilidad de la propiedad necesita que la parte le argumente por qué la norma legal resulta contraria a la “orientación” que emana de dicho principio, por lo tanto no percibo que estemos frente a un caso de aplicación del principio “*iura curia novit*”. Como expresé que la mayoría del articulado de la parte

dogmática consiste en principios y no en normas, me veo en la obligación de efectuar ciertas precisiones. Hay artículos, como el 15, en cuanto prohíbe la esclavitud, que son claramente normas en el sentido de Dworkin, por lo tanto una ley que permita celebrar un contrato de tales características, brindaría una solución determinada contraria a la constitucional, por lo que sería pasible de control oficioso. Y podríamos agregar que lo mismo ocurre cuando la norma infraconstitucional “anula” la vigencia del principio, por ejemplo una ley laboral o un convenio colectivo de trabajo que desconozca el derecho del descanso semanal.

Con las aclaraciones precedentes, estimo que la distinción que se propone tiene varias ventajas. Ante todo resulta consistente con una teoría que justifique el control judicial de constitucionalidad desde una legitimación democrática que enfatiza el carácter de “discusión moral” y la “participación de los interesados” en el proceso judicial, propiciando que si el conflicto se da entre normas y principios o principios entre sí, debe requerirse la instancia de parte para brindar la oportunidad de argumentar los motivos por los que se considera que la norma infraconstitucional contradice la orientación de un determinado principio constitucional. En segundo lugar se compatibiliza con la vigencia del principio “*iura curia novit*”, ya que el mismo se presenta cuando estamos frente a un conflicto de normas “propriadamente dichas”, que regulan una situación de diversa manera, tal como ocurre cuando un juez civil tiene que decidir si una cuestión de responsabilidad médica resulta regulada por los artículos que regulan la responsabilidad contractual o la extracontractual. Más allá de la norma que se le invoque, el juez está en condiciones de determinar con precisión cuál es la norma aplicable, como en la hipótesis de una ley esclavista que un juez no debe aplicar por más que no se le haya petitionado su inconstitucionalidad. En ese caso encuentro factible el control judicial de oficio. Y por último, la distinción apuntada bloquea los temidos excesos judiciales de imponer valoraciones propias, o al menos confiere más precisión a los límites de la función judicial, por cuanto exige esperar la argumentación del interesado en lo que se refiere a la violación de un principio.

Justamente en materia de principios es donde resultan más opinables las valoraciones de las partes y del juez, por lo que exigir la instancia de parte en el control de constitucionalidad en tales casos implica asimismo respetar la autonomía y la dignidad personal.

VI. Algunas conclusiones referidas a nuestro artículo 10

Para culminar, esbozaré algunas conclusiones a la luz de lo razonado en los puntos precedentes. Se podría interrogar acerca de la utilidad de tratar esta cuestión, dado que a nivel nacional la Suprema Corte ha consagrado pretorianamente el control de constitucionalidad de oficio y en el orden local el artículo 10 de la Constitución Provincial lo establece normativamente. Ante todo creo que la cuestión no deja de tener su interés, ya que más allá de la alta autoridad de la jurisprudencia de la Corte, de lo que se trata es de brindar justificaciones basadas en argumentos de racionalidad y no de autoridad, y atento que en las mismas “ciencias duras”, ninguna verificación empírica puede tenerse por definitiva -ya que siempre existe la posibilidad de una “contraprueba” en el futuro-, con mayor razón cabe reabrir los debates en las ciencias sociales como el derecho, colocándonos en la más optimista de las posiciones de considerar a la jurídica como una ciencia. En segundo lugar, las razones expuestas a lo largo de este trabajo nos revelan las dificultades que presenta el tema, dificultades que se evidencian de manera manifiesta con el texto del artículo 10. Ello es así por cuanto la referida norma se refiere a la discordancia entre normas infraconstitucionales que restrinjan derechos o libertades reconocidos constitucionalmente y las restricciones que la Constitución permite, o si privasen de garantías que ella asegure. Como se aprecia la materia de la norma es la parte dogmática de la Constitución, y hemos explicado que en dicha sección la mayoría del articulado se dirige a consagrar principios más que a establecer reglas de derecho. Es así que los jueces, muchas veces, se encuentran con gran dificultad, para cumplir con la no aplicación de oficio de tales normas infraconstitucionales. Por supuesto, que si el artículo constitucional en cuestión importa una regla de derecho -o norma en el sentido de Dworkin- procederá la inconstitucionalidad de

oficio, ello ocurriría si la ley de amparo prohibiera la declaración de inconstitucionalidad en la sentencia definitiva en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 54 “in fine” de la Constitución Provincial o si se permitiera la ejecución de una condena a muerte en infracción al artículo 42 de la misma carta magna. Quizás en materia de garantías, es de considerar que estamos en presencia de reglas de derecho o normas en el sentido estricto y la privación de ellas por normas infraconstitucionales no presente gran dificultad para la aplicación del artículo 10. Sí creo que la dificultad se presenta con las restricciones infraconstitucionales a los derechos reconocidos constitucionalmente, ya que la corrección de la restricción la suministra el principio de razonabilidad contenido en el artículo 9 de la Constitución Provincial y 28 de la Constitución Nacional. Y en este sentido, además de que la razonabilidad es un estándar jurídico vago que cabe precisar en el caso concreto, que sólo orienta pero no determina la solución del mismo, debe recordarse en homenaje a los principios de autonomía y dignidad personal, que cada persona es quien está en mejores condiciones para apreciar sus intereses y reclamarlos jurídicamente, con lo cual no resultaría violatorio del artículo 10 dar la oportunidad de que las partes insten el ejercicio de control de constitucionalidad.

Bibliografía

- (1) conf. Bidart Campos, Germán J.: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed Ediar, Tº II, pág.499.
- (2) conf. Bidart Campos, op.cit., ídem, pág. constitucional argentino”, Lexis Nexis, 500.
- (3) conf. Sagués, Néstor: “Recurso extraordinario”, Ed. Astrea, Tº I, págs.145/ 146.
- (4) ver citas de los autores citados en Toricelli, Maximiliano: “El sistema de control Lexis Nexis, Depalma, págs. 141/142.
- (5) ver en Fayt, Carlos S.: “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading Cases y holdings. Casos trascendentes”, Ed. La Ley, págs. 166/169.
- (6) ver en Fayt, op. cit., págs. 169/170.ver en Fayt, op. cit., pág. 170.

- (7) ver en Waldron, Jeremy: "Law and disagreement", Oxford University Press, cap I, pág. 6
- (8) ver en Waldron, op. cit., cap. I, págs. 13/14 y caps. X a XIII.-
- (9) ver en Ely, John: "Democracia y desconfianza", Univ. de los Andes cap. IV.
- (10) ver en Ackerman, Bruce: "We the people", págs. 6/7.
- (11) ver Gargarella, Roberto: "La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial", Ed. Ariel.
- (12) ver Gargarella, op. cit., págs. 38/47.
- (13) ver Gargarella, op. cit., pág. 262.
- (14) ver Gargarella, op. cit., págs. 174/176 y 263.
- (15) ver Gargarella, op. cit., cap. 2, págs. 48/59.
- (16) conf. Fayt, op. cit., págs. 34/36.
- (17) ver Gargarella, op. cit., pág. 265.
- (18) ver Hitters, Juan Carlos: "Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad", en El Reporte, Año 3, N° 11, Noviembre de 2003.
- (19) ver Hitters, op. cit., pág. 4 y 6.
- (20) ver en Gargarella, op. cit., pág. 103.
- (21) ver Hitters, op. cit., ág 5.
- (22) ver Gargarella, op. cit., pág. 104.
- (23) para ampliar sobre el tema ver las obras de Carlos S. Nino: "Ética y derechos humanos", "Fundamentos de derecho constitucional" y "La constitución de la democracia deliberativa".
- (24) ver en Nino: "Fundamentos de derecho constitucional", pág. 203.
- (25) ver en Nino: "La constitución de la democracia deliberativa", pág. 192.
- (26) ver dicho voto en JA 2002-I, págs. 752/755.
- (27) ver en Nino: "La constitución de la democracia deliberativa", pág. 80.
- (28) ver cita de dicho autor en Toricelli, op. cit., pág. 142.
- (29) ver en Fayt, op. cit., pág. 39.
- (30) ver fallo citado en JA 2002-I, pág. 741.
- (31) ver fallo citado en A 2002-I, pág. 741.
- (32) ver Hitters, op. cit., pág. 6.

- (33) ver el artículo de mi autoría “Normas, principios y valores en el texto constitucional”, en *El Reporte*, Año 3 N° 10, Julio de 2003.
- (34) ver en Dworkin, Ronald: “Los derechos en serio”, *Ariel Derecho*, pág. 78.
- (35) conf. Caracciolo, Ricardo: “Discreción, respuesta correcta y función judicial” en “Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law”, aut. varios, Editores del Puerto S.R.L., pág. 218.
- (36) ver mi artículo: “Normas, principios y valores en el texto constitucional”, pág. 11.
- (37) ver en Caracciolo, op. cit., págs. 218/219.
- (38) ver en Dworkin, op. cit, pág. 89.
- (39) ver mi artículo: “Normas, principios y valores en el texto constitucional”, pág. 11.

La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito

por Aldo Luis De Cunto.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, marzo 2008, p. 35-58.

Cita Online: AR/DOC/2165/2007

[Consultado el: 05/04/2021]

Sumario:

1) La cuestión de la relatividad contractual.- 2) Derechos reales y personales y el correlativo deber general de abstención.- 3) La tutela jurídica del crédito.- 4) La responsabilidad del tercero por lesión del derecho de crédito en el derecho comparado.- 5) La responsabilidad del tercero por lesión del derecho de crédito en el derecho civil argentino.- 6) Conclusiones

Los supuestos entre los que se pueden clasificar las distintas hipótesis de lesión al crédito comprenden: la lesión mediata al crédito por afección a la persona del deudor; la lesión mediata al crédito por afección al derecho de propiedad del deudor sobre la cosa objeto de la prestación; y la lesión inmediata al crédito por afección de la posición jurídica del acreedor, por instigación o colusión con el deudor para que éste no cumpla su prestación, y por actos impeditivos de la efectividad del crédito.

1) La cuestión de la relatividad contractual

La doctrina tradicional en cuanto a la concepción de la relación obligatoria considera a la obligación como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona denominada deudor, debe cumplir en favor de otra llamada acreedor, una determinada prestación

consistente en un dar, hacer o no hacer. Esta concepción halla su recepción legislativa en el artículo 1199 del Código Civil que consagra el principio cosmopolita de la relatividad contractual al establecer: "Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162" —casos que prevén la ratificación expresa o tácita de la obligación convencional por un tercero— (1). Se ha valorado que en la elaboración de esta noción tradicional de obligación se ha puesto énfasis en el elemento personal o subjetivo y dentro de éste en el término pasivo de la obligación, ya que es el deber del deudor lo que caracteriza a la relación jurídica obligacional. En consecuencia el vínculo obligacional que enlaza a los sujetos de la relación importa un fenómeno unitario donde el derecho del acreedor y el deber del deudor resultan dos aspectos inseparables, de allí que no puede haber lesión al derecho del primero sin violación del deber por parte del segundo (2).

Sin embargo esta postura tradicional ha sido objeto de confrontaciones por parte de nuevas doctrinas que individualizan en la obligación la existencia de dos factores autónomos y distintos: el débito y la responsabilidad. La identificación de estos dos elementos fue sostenida por Brinz y contó con la adhesión de la mayoría de la doctrina alemana y de un importante sector de la italiana. La idea básica de esta teoría opuesta a la posición clásica radica en concebir a la obligación no como una relación jurídica simple entre dos términos activo —acreedor—y pasivo —deudor—, sino en una situación jurídica compleja que resulta de la combinación de dos relaciones independientes: una primordial —el débito—y otra denominada de responsabilidad o de garantía (3). Por su parte, siguiendo a Aparicio, cada una de estas relaciones se descompone en dos elementos correlativos. La relación de puro débito en el deber del deudor y en la legítima expectativa del acreedor de recibir la prestación, mientras que la relación de responsabilidad se integra de un estado de sujeción patrimonial del deudor al que le corresponde un derecho del acreedor de hacerlo valer en caso de incumplimiento (4), con lo que se ilustra la función de garantía de la relación de responsabilidad respecto de la de débito. Ambas relaciones quedan expresamente reconocidas en

nuestro Código Civil en el art. 505, previendo el inciso 1 la de débito, y los incisos 2 y 3 la de responsabilidad. Se señala que en la relación de débito mantiene su importancia el elemento personal, pero dado el incumplimiento adquiere relevancia la relación de responsabilidad, donde el patrimonio del deudor queda sometido como garantía del cumplimiento de la obligación, aproximándose así la noción de derecho de crédito a la de los derechos reales, dado que es dable concebirlo como un derecho real de garantía sobre los bienes del deudor análogo a la prenda, con lo cual el objeto de la obligación pasa a ser el patrimonio del deudor (5). El énfasis puesto en la relación de responsabilidad conlleva otorgar mayor trascendencia al término activo de la obligación, al acreedor, al crédito, en lugar del débito, del deudor (6). En estas nuevas nociones se patentiza la visión de la obligación como un medio para satisfacer el interés del acreedor, que no comprende solamente la prestación del deudor; nuevamente aquí se aprecia que ésta es un mero instrumento para un objetivo ulterior, ya que la satisfacción del interés del acreedor puede obtenerse por otras vías distintas a la actividad del deudor (7). Todo esto lleva a debilitar la tradicional correlación pregonada entre la posición del deudor y el acreedor, entre crédito y débito. Puede ocurrir que la extinción del deber del deudor no siempre importa la satisfacción del derecho del acreedor, lo que acontece en el caso de un pago efectuado de buena fe a un acreedor aparente que libera al deudor (Conf. art. 732 del C. Civil), y a la inversa el interés del acreedor puede quedar satisfecho sin el cumplimiento del deudor, ya sea por pago de un tercero (Conf. arts. 728 y 729 del C. Civil) o por la ejecución forzada de la obligación (Conf. art. 505 del C. Civil) (8).

Al no reducirse el vínculo contractual a la relación de débito, la que sólo puede tener como términos a acreedor y deudor, sino que abarca también a la relación de responsabilidad que compromete todo el patrimonio del deudor, resulta obvio que esta última puede ser alcanzada por actos de terceros, en la medida en que puedan afectar ese patrimonio y por ende la garantía que el mismo representa para el crédito del acreedor. A ello debe añadirse que el principio de la relatividad del contrato, consagrado en los arts. 1195 y 1199 del C.

Civil, tuvo que repartir su convivencia con el del "alterum non laedere" del art. 1109, rigiendo el primero en la estructura interna del contrato -la relación de débito—, mientras que el segundo es el que domina el perfil externo del contrato como generador de una situación que debe ser respetada por todos —dada la relación de responsabilidad que engendra— (9). Así la "relatividad" contractual quedó redimensionada: las obligaciones nacidas del contrato son relativas (art. 503 del C. Civil) ya que sólo el deudor está obligado a su cumplimiento, pero la existencia del contrato como sus efectos son oponibles a todos. Y es en ese sentido que puede decirse que el crédito es —como la relación real—un derecho absoluto, no porque todos los terceros tengan que cumplirlo —lo cual es deber del deudor (arts. 508 y 511 del C. Civil), sino porque todos tienen el deber de respetarlo no dañándolo injustamente (art. 1109 del C. Civil) (10).

2) Derechos reales y personales y el correlativo deber general de abstención.

La crisis del dogma jurídico de la relatividad contractual importa, como hemos visto, conferir también un carácter "absoluto" al derecho personal al crédito, con lo cual la tajante y tradicional distinción entre derechos personales y reales se pone en tela de juicio. La referida distinción se remonta a los glosadores y postglosadores y continuó hasta consolidarse de manera orgánica en las escuelas jurídicas de Europa continental del siglo XIX, especialmente los pandectistas alemanes, los comentaristas franceses del Código Napoleón y los civilistas italianos (11). Los juristas romanos acuñaron la distinción entre acciones "in rem" y acciones "in personam", pero se trataba de una distinción meramente procesal, de acciones y no de derechos sustanciales. La contraposición procesal se tradujo al derecho sustancial por los glosadores y postglosadores en la distinción entre "ius in rem" e "ius in personam". En el siglo XVI la diferenciación se consolida con la construcción sistemática del jurista francés Donello a partir de la noción unitaria de los derechos reales que además de la propiedad comprendía a aquellos derechos reales sobre cosa ajena como la prenda y la hipoteca. La unidad de la noción

se daba por la relación inmediata entre el titular y la cosa sin referencia a un sujeto pasivo determinado (12).

En la formulación tradicional, el criterio diferenciador de los derechos reales y personales reside en sus respectivos objetos. Los primeros recaen directamente sobre una cosa y para el ejercicio de su señorío no necesitan la actividad jurídica de otra persona; los personales tienen por objeto un acto positivo o negativo de otra persona determinada o determinable y confieren la facultad de exigir a un sujeto pasivo determinado una prestación. A partir de dicha distinción se incurrió en exageraciones en la concepción del derecho real, definiéndolo como una relación entre el titular y la cosa con abstracción de toda otra persona (13). La crítica a esta postura tradicional fue capitaneada por Windscheid y se cifró fundamentalmente en la concepción del derecho real como una relación entre una persona y una cosa, dado que toda relación que supone la idea de derecho es entre personas. La noción de derecho impone así la de deber, al derecho de una persona le corresponde el deber de otra. De allí que el derecho real sólo existe con ocasión de una cosa pero frente a las demás personas, quienes deben no interferir en el ejercicio de la facultad del titular del derecho. Y no sólo se reafirmó la condición universal del sujeto pasivo del derecho real "erga omnes", sino que se atribuyó primacía al deber de dicho sujeto pasivo universal, de suerte que el derecho real se conceptualizó en torno a las prohibiciones que contiene, la facultad del titular es consecuencia de la prohibición de ingerencia de los terceros (14).

Una posición más audaz fue la asumida por ciertos civilistas franceses, quienes concibieron una noción monista según la cual el concepto de derecho real es absorbido por el de derecho personal, ya que sería una especie de relación obligatoria, caracterizada por ser pasivamente universal, es decir con un sujeto pasivo ilimitado en número. Otra postura mayoritaria aparece como conciliadora o ecléctica. Según la misma cabe diferenciar en el derecho real un lado interno representado por el poder del titular sobre la cosa, mientras que existe un lado externo que es la proyección de ese poder o

facultad respecto de los demás y que conlleva la prohibición de éstos a turbarlo con la consiguiente posibilidad de reacción del sujeto activo (15). Como contrapartida al monismo predominante del derecho personal, una concepción opuesta concibe al derecho de crédito como un derecho sobre bienes, "ius ad rem", que recae sobre el patrimonio entero, con lo que se trataría de un derecho real con un objeto indeterminado; la obligación sería así una forma de propiedad sobre un bien incorporal (16).

En cuanto a la trascendencia jurídica de la distinción entre derechos reales y personales, la misma pasa por otra diferenciación, la acuñada entre derechos absolutos y relativos. Los primeros se pueden hacer valer "erga omnes", estableciendo una relación entre el titular y el resto de la comunidad que tiene un deber general de abstención; los relativos sólo pueden hacerse valer frente a uno o más sujetos determinados, quienes sólo pueden violarlos mediante el incumplimiento de la prestación debida al titular (17). Esta distinción también fue objeto de impugnación, dado que se ha señalado la existencia de un deber general de abstención también en los derechos de crédito. En este sentido, Ortolan señalaba que el sujeto pasivo de los derechos de crédito es doble: por un lado todos los miembros de la sociedad tienen la obligación de no obstaculizar el goce del derecho y por el otro el deudor individualizado tiene la obligación de cumplir la prestación. La noción de un sujeto pasivo universal del derecho de crédito se consolidó doctrinariamente con la formulación de un deber general de los terceros de no perjudicar al crédito. Se concibe así en el derecho de crédito un aspecto externo que lo considera como un bien ya adquirido con un valor no sólo jurídico sino, al mismo tiempo, económico, y como tal es susceptible de ser objeto de derechos reales y como éstos está garantizado por un deber general de respeto. Un aspecto interno consiste en la mera facultad del acreedor de exigir la prestación al deudor. Pero la reducción del derecho de crédito a esta faz interna resulta contradictoria con la propia ley que acuerda efecto cancelatorio al pago efectuado por un tercero (Conf. arts. 728 y 729 del C. Civil), como se vio en el primer punto. Aparicio, citando a Busnelli, concluye en que si se admite el cumplimiento del crédito por

un tercero no existe argumento alguno para negar la posibilidad de la lesión al mismo también por un tercero. Y en este orden de ideas se diferencia en el derecho de crédito una pretensión que sólo puede ser satisfecha o violada por el deudor, y un interés que puede ser satisfecho o violado por un tercero. El interés sería así un elemento estático que permanece inalterable en todos los derechos subjetivos — sean reales o personales—, mientras que lo variable sería el elemento dinámico que atiende al ejercicio del derecho. Esto explica que sólo en los derechos personales o de crédito pueda configurarse una lesión que grave directamente sobre el aspecto dinámico, la que produciría el incumplimiento del deudor; mientras que la lesión que gravita sobre el elemento estático es la única concebible en los derechos reales — violación del deber de no turbar o de abstención—, pero perfectamente puede acontecer que ese tipo de violación se dé en el derecho de crédito, aunque la lesión típica es la concretada con el incumplimiento contractual (18).

En sentido concordante y en aras de señalar la similitud entre derecho real y personal, Bellini destaca que en el primero existe un aspecto activo en el cual el titular no entra en relación con terceros — "rapporto erga omnes"— sino que el derecho se configura como "ius in re", de allí que sea lógico que en ese aspecto no pueda existir violación del derecho real por parte de terceros. Esto sólo puede darse en el aspecto pasivo, dada la obligación de abstención de los terceros. En cambio en el derecho personal la faz activa es la que realiza el verdadero contenido del derecho y en ella rige integralmente el principio de relatividad, ya que el acreedor sólo puede dirigirse al deudor para obtener el cumplimiento de la obligación. En cuanto a la faz pasiva del derecho personal, el autor italiano la considera eventual y no necesaria. Señala al respecto que la misma puede originarse por un hecho que interrumpa la normalidad de las relaciones y entonces se pueden dar dos situaciones: la primera se presenta en el caso de incumplimiento del deudor en cuyo caso el acreedor tiene la acción contractual; la segunda hipótesis se presenta en cambio, cuando el incumplimiento no es imputable al deudor sino a un tercero que lo ha provocado. En este último supuesto la tutela contractual no es

suficiente ya que el tercero es ajeno al contrato y cabría recurrir a las normas generales extracontractuales del art. 2043 del C. Civil Italiano, con lo cual el crédito recibe una tutela "erga omnes" bajo la figura del acto ilícito. Todo lo cual conduce a Bellini a señalar que también el derecho de crédito posee un aspecto "erga omnes", demostrándose así la equivalencia entre derechos reales y personales en cuanto a la tutela en la faz pasiva. La diferencia entre ambos se reduce entonces al aspecto activo y está dada por la diferencia entre cosa y persona, en el derecho real se puede ejercer un dominio seguro sobre la cosa, en el derecho personal frente a otra persona no ejercemos dominio alguno, sólo tenemos un crédito, una expectativa (19).

Puesto a configurar en definitiva, la caracterización de los derechos subjetivos dentro del derecho privado y su distinción entre derechos reales y personales, Aparicio señala que la clasificación de los mismos pasa por la diferente posición en que el ordenamiento jurídico coloca al titular para la satisfacción de su interés. Así en los derechos reales la ley resuelve el problema de la atribución de una cosa a un sujeto con el expediente de facultarlo a que satisfaga su interés directamente sobre ella y por la propia actividad, con exclusión de todo intermediario. En cambio en los derechos personales o de crédito, la ley resuelve un problema de cooperación o de reparación en los casos de responsabilidad aquiliana, el titular no está en condiciones de satisfacer directamente, por sí solo, su interés, sino que éste debe ser satisfecho mediante la actividad de un intermediario, el deudor (20). Dada la precedente caracterización, en el derecho real el "prius lógico" es el poder que la ley otorga al titular sobre la cosa para obtener directamente su interés, siendo un "posterius" que se deriva de aquél la exclusión de los demás, la abstención de los terceros. Sin embargo este deber general de abstención no es distintivo de los derechos reales, sino que es la expresión del genérico deber que rige para todos de respetar la esfera jurídica ajena por elementales exigencias de la convivencia. En los derechos personales, como el interés del titular se satisface mediante el comportamiento de un intermediario, el "prius lógico" está dado por la obligación, por la vinculación con el otro, siendo la correlativa facultad el "posterius". La

relatividad de estos derechos hace referencia a la creación de la comunidad restringida entre acreedor y deudor que surge a partir del crédito. Más ello no importa la inexistencia del deber general de abstención en este tipo de derechos. Al respecto recuerda que el art. 1195 "in fine" del C. Civil al establecer que los contratos no pueden perjudicar a terceros no permite inferir de ello que los terceros pueden dañar la posición de las partes en un contrato, por el contrario éstos deben respetar las situaciones jurídicas originadas por el contrato (21).

Como el derecho es regulación de la convivencia social, carece de sentido conceptualizar al derecho real como la relación entre el titular y la cosa, siempre debe importar algún tipo de relación entre personas. Justamente la única relación a la que da lugar el derecho real es la del titular con el resto de los miembros de la colectividad, violándose el mismo mediante las turbaciones o intromisiones de los terceros en la esfera de poder del titular (22). En cambio, según cita de Dernburg, la obligación no confiere dominio alguno sobre el mundo exterior, solamente se dirige a un efecto que debe producirse, a una expectativa del acreedor de que se le procure una determinada utilidad mediante la prestación del deudor. Esto le confiere al acreedor un título, una legitimación a obtener el cumplimiento de la prestación que debe satisfacer su interés, creándose así la comunidad restringida que mencionáramos entre acreedor y deudor. Pero dicha comunidad restringida no es impermeable a la acción de los terceros. En primer lugar la satisfacción del interés del acreedor puede ser alcanzada a través de la acción de un tercero que pague por el deudor. Y así como los terceros pueden satisfacer el interés del acreedor, también pueden impedirlo al violar el respeto debido a la relación creditoria de los miembros de la comunidad restringida, el principio del "neminem laedere". Lo que ocurre en los derechos personales, es que este tipo de "intromisiones" de terceros son más infrecuentes que en los derechos reales, ya que las mismas no recaen sobre una cosa sobre la que se ejerce una facultad o poder, sino sobre actos futuros del deudor tendientes a satisfacer el interés del acreedor, ya sea impidiendo esta satisfacción o contribuyendo a que el deudor no cumpla (23). En síntesis, se puede concluir en que el deber general de abstención de los

terceros rige tanto respecto de los derechos reales como personales, la diferencia pasa por la menor frecuencia con que se presentan infracciones a este deber en los derechos de crédito, ya que en los mismos los terceros tienen que afectar de alguna manera el cumplimiento del deudor, para lo cual puede ser que exista colusión con el mismo o que se afecte un bien jurídico del deudor que a su vez representa una garantía para ese cumplimiento.

3) La tutela jurídica del crédito

Desde la óptica de la tutela del crédito, y en base a lo ya expuesto en cuanto a las diferencias entre derechos personales y reales, en el caso de los primeros se trata de proteger una "actividad" que otra persona —el deudor— debe cumplir para el acreedor, mientras que en los derechos reales la protección consiste más en la "conservación" de una situación ya consolidada (24), si bien podría darse el caso de una acción de despojo o reivindicatoria donde se trate de recuperar la posesión perdida. El tratamiento que la doctrina nacional otorgó al tema de la tutela del crédito se inscribe en el capítulo de los efectos de las obligaciones. Así Llambías y Rezzónico clasifican estos efectos en: normales o necesarios enderezados al cumplimiento específico de la prestación debida, anormales o subsidiarios que tratan de satisfacer el interés del acreedor por vía sucedánea, y los auxiliares o secundarios que favorecen la concreción de los derechos del acreedor (25). Otros autores como Borda y Cazeaux—Trigo Represas se refieren a los efectos de las obligaciones con el alcance clásico del art. 505 del C. Civil y con el término "derechos del acreedor sobre el patrimonio del deudor" tratan distintas acciones como la subrogatoria, revocatoria, medidas conservatorias y cautelares. En Córdoba, por su parte, Pedro León, en quien abrevia Palmero, utiliza la expresión tutela jurídica del crédito y la clasifica en preventiva y represiva (26). En lo que se refiere al texto del Código Civil el art. 505 contempla de manera genérica todas las alternativas con las que cuenta el acreedor para obtener la prestación originaria o la indemnización equivalente. A su vez el art. 546 se refiere a los actos conservatorios que tiene el acreedor pendiente una

condición suspensiva, pero que bien puede erigirse en un enunciado de carácter general, y también se cuenta como vías específicas de la tutela del crédito la acción revocatoria o pauliana (art. 961 y ss) y la subrogatoria (art. 1196) (27).

Básicamente cabe comprender en la tutela del crédito a todas las facultades que componen el derecho del acreedor. Así están las que en un caso procuran que el deudor cumpla con la prestación originaria y en caso de incumplimiento cumpla con la indemnización de daños e intereses, las que tienen por finalidad que el acreedor pueda subrogarse en los derechos del deudor reticente o negligente en su defensa, o que inicie acciones de separación de patrimonios o embargo que eviten al deudor incurrir en insolvencia. En fin, como se aprecia, estas facultades del acreedor para la tutela de su crédito no encuentran su correlato en un deber determinado del deudor, sino en el principio general de que su patrimonio constituye la prenda común de los acreedores (28). Dentro de este amplio marco de posibilidades que se le presentan al acreedor como tutela de su crédito, Palmero construye una clasificación entre tutela interna y externa. La interna se compone de las facultades que integran el contenido del derecho de crédito, encaminadas a obtener la actuación normal del programa obligacional. Esta tutela interna es dividida en dos subgrupos: la tutela cautelar o preventiva que tiende a la preservación del derecho de crédito o del patrimonio del deudor, y la tutela de actuación o represiva dirigida a lograr la realización de la prestación debida o el pago de las indemnizaciones en caso de incumplimiento (29).

La gama de alternativas que cita el autor cordobés tanto respecto de la tutela cautelar o de la represiva es sumamente numerosa. Dentro de la cautelar comprende aquellas instituciones que documentan el crédito u otorgan certeza al derecho del acreedor como el reconocimiento de la obligación (arts. 718 y ss. del Código Civil), la existencia de balances e inventarios —los primeros deben informar sobre los créditos y las deudas de acuerdo al art. 63, incs. 1 y 2 de la Ley de Sociedades—, la interrupción de la prescripción por la demanda (art. 3986 del C. Civil) (30). Pero es claro que la tutela

cautelar se caracteriza fundamentalmente por los medios de conservación del patrimonio del deudor, y aquí el elenco de posibilidades es más amplio: exigencia del pago antes del plazo en caso de insolvencia del deudor (art. 753 del C. Civil), la acción subrogatoria para que el acreedor pueda ejercer los derechos y acciones de su deudor excepto los inherentes a su persona (art. 1196 del C. Civil), la acción de simulación a fin de obtener la nulidad de un acto insincero perpetrado en perjuicio del acreedor (Conf. art. 955 del C. Civil), el secuestro conservatorio de bienes del deudor (Conf. arts. 2786 y 3230 del C. Civil y 39 de la Ley de Prenda), la separación de patrimonios en beneficio de los acreedores del causante (arts. 3433 y 3434 del C. Civil), el derecho a solicitar la participación judicial de la herencia por parte de los acreedores del difunto (art. 3465, inc. 2 del C. Civil), el derecho de retención (art. 3939 del C. Civil) y finalmente las distintas medidas cautelares procesales como el embargo, la inhibición general de bienes, la anotación de litis, la prohibición de innovar y contratar (31). En lo referente a la tutela de actuación o represiva, se distinguen las medidas reforzadoras del cumplimiento como la cláusula penal (art. 652 del C. Civil), las astreintes (art. 666 bis del C. Civil), el arras o seña (art. 1202 del C. Civil), la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 del C. Civil). En cuanto a la ejecución compulsiva, cabe diferenciar la ejecución directa de la prestación por el deudor o un tercero a costa de aquél (art. 505, incs. 1 y 2 del C. Civil), de la ejecución forzada a fin de obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes y que resultan de su incumplimiento (art. 505, in c. 3 del C. Civil). Como una especial acción dentro del género de la ejecución forzada Palmero destaca a la acción revocatoria o pauliana para obtener la inoponibilidad de los actos celebrados por el acreedor en perjuicio del acreedor (art. 961 y ss. del C. Civil) (32).

Revistado someramente el amplio universo de facultades que tiene el acreedor y que están comprendidas en la tutela interna del crédito, debemos retomar la cuestión de la tutela externa, ya que bajo su óptica es donde ubicamos a la responsabilidad del tercero por lesión al crédito, en cuanto este tipo de tutela amplía la protección de este derecho fuera de la estructura interna de la relación contractual.

4) La responsabilidad del tercero por lesión del derecho de crédito en el derecho comparado

a) La cuestión en el derecho romano

El tratamiento de la responsabilidad del tercero por lesión del derecho de crédito, y la consiguiente posibilidad del acreedor de accionar directamente contra éste, ha tenido su principal desarrollo en la doctrina civilista europea, especialmente en Italia, Alemania y en menor medida Francia. Sin perjuicio de ello, encuentro conveniente hacer una breve referencia a los antecedentes romanos según la cita que autores italianos hacen de ellos. La "Lex Aquilia" —base del sistema de responsabilidad extracontractual en el sistema continental— otorgaba acción al damnificado previendo dos presupuestos: la antijuridicidad del hecho dañoso y la materialidad de la acción dañosa —se excluían las simples omisiones—. Ahora bien, estas bases del instituto fueron extendidas por la jurisprudencia que aplicaba análogamente la solución de la Lex Aquilia a casos no contemplados en ella. Así se reemplazó la genérica y objetiva antijuridicidad del hecho por el concepto técnico de culpa, cuya existencia en un mínimo grado fue considerada suficiente para endilgar responsabilidad (33). En cuanto a la legitimación activa de la "actio legis Aquiliae", en un principio estaba reservada solamente al "dominus" de la cosa dañada, y posteriormente se fue ampliando al usufructuario, al usuario, al titular del derecho de servidumbre y al poseedor de buena fe (34). La discusión se centra en el reconocimiento de la legitimación de esta acción al titular de un derecho de crédito. Se mencionan comentarios de Paulo y Marcelo reconociendo esta acción al acreedor pignoraticio en caso de homicidio y disminución física por malos tratos a un esclavo "prendado" directamente contra el causante del daño, así como la titularidad de la acción por el "colono" —arrendatario— de un campo dañado siempre que no accione el propietario (35). Con todo la conclusión de Bellini, a quien hemos seguido hasta aquí, es que los casos del acreedor prendario y del "colono" se tratan de situaciones que participan de elementos del derecho real y del de crédito, no

pudiéndose aseverar que el derecho romano otorgaba la legitimación activa aquiliana al titular de un derecho de crédito "puro"(36).

Otro autor italiano, Fedele, reseña que entre la pandectística alemana, autores como Schömann consideran que la *lex Aquilia* preveía la legitimación activa del acreedor; pero la opinión predominante funda en un derecho real la legitimación activa aquiliana, si bien, admiten como excepción al arrendatario para el caso de daño a los frutos (37). En una posición intermedia cita a Pernice, quien en su investigación sobre los argumentos de la doctrina alemana, entiende que la regla del fundamento real de la acción aquiliana reconocía diversas excepciones. Así se concedía a personas que al tiempo del daño no eran propietarios ni titulares de derecho real sobre la cosa como el heredero y el legatario, quienes ejercían un derecho latente, pero que como el arrendatario eran titulares de derechos personales tendientes a la adquisición de derechos reales sobre la cosa sin necesidad del permiso de otro. Otros casos de legitimación aquiliana no residían en un fundamento real, sino en la experimentación del daño, en el caso del acreedor o del deudor en los supuestos de destrucción de una escritura de deuda o de un recibo o del heredero o legatario respecto del (38) testamento. Para Glück la distinción pasaba por si el crédito consistía en una pretensión de adquisición de la propiedad en cuyo caso se reconocía legitimación aquiliana al acreedor, o simplemente en un derecho de goce de la cosa siendo aquí rechazada tal legitimación (39); y en una postura similar cabe ubicar a Schäfer, quien admitía la legitimación activa aquiliana a los acreedores que están ya en la tenencia de la cosa, excluyendo a quienes sólo tienen una pretensión de futura transmisión de la propiedad (40).

b) La cuestión en el derecho alemán

En el derecho alemán, cabe señalar que la jurisprudencia durante el siglo XIX, es decir antes de la codificación, en líneas generales subordina rigurosamente la legitimación activa aquiliana a la titularidad de un derecho real. Sin embargo una excepción es el

reconocimiento del derecho de aquellos que tienen un derecho alimentario respecto del difunto a obtener el debido resarcimiento del daño por parte del responsable de la muerte, concediéndose la "actio legis Aquiliae utilis"(41). En lo que respecta al Código Civil Alemán (B.G.B.) la norma fundamental es considerada el art. 823 que en su primer párrafo dispone: "Quien con dolo o culpa lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de una persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado", expresando Aparicio que todo radica en determinar si los derechos de crédito pueden o no comprenderse en la categoría residual de "cualquier otro derecho"(42). La doctrina y jurisprudencia dominantes se inclinan por una respuesta negativa. En general se niega la posibilidad de la lesión de un crédito por parte de un tercero debido a la naturaleza relativa de este derecho (43). En contra de esta posición se alega que el derecho de crédito que es relativo en las relaciones entre deudor y acreedor, tendría una protección absoluta en lo externo; lo que implicaría un deber general de los terceros de abstenerse de perjudicar al crédito y el correlativo derecho subjetivo del acreedor, todo lo cual deriva en que en realidad para esta doctrina el acto del tercero no debería ser considerado como una lesión del derecho de crédito sino como lesión de un derecho distinto absoluto correspondiente al acreedor (44). Se señala asimismo que los argumentos adoptados para sostener la admisibilidad de la lesión del crédito por un tercero responden a enseñanzas aisladas. Así Titzte considera que de la misma manera que la lesión del derecho de propiedad no consiste en un injerencia en el vínculo jurídico entre el propietario y la cosa sino en la destrucción o daño de la cosa, se puede decir que cuando un sujeto tiene un derecho de crédito sobre una cosa este derecho viene lesionado si un tercero daña o destruye la cosa que constituye el objeto de tal derecho. En el mismo sentido Fischer considera que el tercero no puede lesionar el derecho de propiedad, porque el mismo consiste en una relación entre el propietario y la cosa, sino que sólo dañando o destruyendo la cosa priva de contenido al derecho de propiedad; aplicando este razonamiento al derecho de crédito, éste puede ser lesionado actuando sobre el objeto debido por el deudor. La crítica que se efectúa a esta doctrina es que

conceptualiza el derecho de propiedad como una relación entre el propietario y la cosa, concepción temprana y justamente abandonada (45).

La mayoritaria doctrina germánica postula la tesis de la irresponsabilidad del tercero en diversas razones entre las que se destaca: la tradición del derecho común, los trabajos preparatorios que dieron origen a la norma del art. 823 del B.G.B., la naturaleza relativa del derecho de crédito de acuerdo al texto del art. 241 del B.G.B., la norma del art. 281 del B.G.B. que autoriza al acreedor -en caso de imposibilidad superviniente de la prestación— a exigir del deudor la cesión de la prestación indemnizatoria que tiene contra el tercero —lo que resultaría inútil si se aceptase una acción directa del acreedor contra el tercero—, la ausencia de acogimiento en el B.G.B. del instituto del "jus ad rem" por el cual el acreedor puede accionar contra el tercero que de mala fe adquiere un derecho real sobre la cosa de propiedad del deudor —mas no existe doctrina pacífica al respecto por cuanto el tercero de mala fe lesiona antijurídicamente el derecho de crédito y como tal comete una acción ilícita por ser contraria a las buenas costumbres (art. 826 del B.G.B.), por último se esgrime que existen dos normas especiales que prevén el resarcimiento del daño causado por un tercero a determinadas categorías de acreedores como es el caso del titular del derecho alimentario contra el autor de la muerte del alimentante (art. 844) y de los acreedores de la prestación de servicios (art. 845) contra el responsable del homicidio, lesión o privación de la libertad del deudor —lo que no se justificaría si se admitiese una acción general de daños del acreedor lesionado por un acto ilícito del tercero— (46). En cuanto a la jurisprudencia alemana en general se ha basado en los mismos argumentos que la doctrina, señalándose un fallo del Tribunal del Imperio (29/2/1904) que consideró que en caso que el primer párrafo del art. 823 comprendiere también a los créditos lo habría efectuado expresamente. Con todo, leemos en Fedele, que en el derecho germano el acreedor puede obtener resarcimiento directo contra el tercero por la vía del art. 826 del B.G.B., mas esta norma prevé como requisitos que se haya actuado dolosamente y contra las buenas costumbres (47).

c) La cuestión en el derecho francés

En la jurisprudencia francesa no existen antecedentes que de manera expresa y general afirmen que el tercero que ha causado perjuicio al derecho de crédito deba resarcir el daño, si bien se ha sostenido pretorianamente que el art. 1382 del C. Civil Francés dispone de modo absoluto la reparación de cualquier hecho humano que cause a otros un perjuicio sin formular distinción alguna respecto del orden de la naturaleza del hecho dañoso como a la naturaleza del daño. Sí existen sentencias que deciden afirmativamente la responsabilidad del tercero que se ha convertido en cómplice del incumplimiento del deudor o del tercero responsable de la muerte del deudor y que así ha privado a los acreedores alimentarios de su derecho. En cuanto a la primera hipótesis se cuenta una vasta serie de decisiones que acuerdan al empleador el resarcimiento del daño contra aquél que ha inducido a un empleado u operario a abandonar su puesto de trabajo sin respetar el término de preaviso. Se admitió también la responsabilidad de un sindicato que obtuvo mediante la amenaza de una huelga la licencia de un obrero, la de un político que indujo a los obreros de una fábrica a hacer huelga, la de un comerciante minorista que vendiendo mercadería a bajo precio ayudó al mayorista a violar la obligación contraída por éste frente al fabricante de no vender debajo de un determinado precio. En otros casos citados se determinó la responsabilidad de quien forma una sociedad con una persona a la que está ligado por una cláusula de no competencia, o que lo contrata a éste como dependiente, o le hace de prestanombre (48). Del examen de todas estas decisiones se extraen dos principios: a) el tercero responde sólo en caso de dolo, entendido como conocimiento de la subsistencia de la relación obligacional, b) su responsabilidad es una responsabilidad delictual o cuasidelictual. No obstante ello los tribunales no son claros en fundamentar la argumentación de esta responsabilidad en el ilícito aquiliano, limitándose a invocar el art. 1382 del C. Civil, o los principios de la acción pauliana o se recurre al concepto de competencia desleal. En caso de la muerte del deudor la jurisprudencia francesa es conteste en acoger la responsabilidad del homicida respecto a los acreedores

alimentarios en virtud del art. 1382, pero no lo es respecto de otras personas que hayan experimentado algún perjuicio patrimonial a causa de la muerte (49).

En lo que se refiere a la doctrina gala, los autores que aceptan este tipo de responsabilidad se limitan a sostener que el autor de un hecho ilícito debe resarcir incluso los daños causados indirectamente por su conducta, y con esta amplitud se pretende comprender entre los perjudicados indirectos al titular de un derecho de crédito. Entre los autores que han tratado la cuestión se destaca Hugueney, quien propicia la responsabilidad del tercero cómplice, mas niega que la misma sea aplicación de un principio general de la responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito, basando esta conclusión en el carácter relativo de este derecho, a lo que añade la inaceptable consecuencia de orden práctico que significaría la responsabilidad del tercero en los casos de simple culpa y la incongruencia que resultaría de hacer coexistir en los casos de complicidad en el incumplimiento dos responsabilidades diversas: una contractual del deudor y otra extracontractual del tercero. Demogue rechaza también una regla general que imponga al conjunto de la sociedad el deber de no lesionar la obligación, pero considera que debe sostenerse una excepción en el caso de que el comportamiento del tercero presente los extremos de la complicidad en el incumplimiento del vínculo obligatorio (50). Como síntesis se puede enumerar como elementos de esta especie de responsabilidad los siguientes: a) un acto del deudor objetivamente contrario al contenido del vínculo obligacional; b) una actividad del tercero consistente en la instigación o ayuda a fin de que el deudor incurra en incumplimiento; c) un elemento psicológico que determina dicha actividad consistente en el conocimiento de la existencia de la relación obligacional de cuya violación el tercero se convierte en cómplice, la simple culpa no es suficiente, pero no se requiere en el actuar intencional del tercero un acuerdo fraudulento con el deudor en perjuicio del acreedor. En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del tercero y del deudor, existe disparidad de opiniones, ya que hay quienes consideran que la del primero es delictual y la del segundo contractual, y los hay quienes también califican a la del deudor como

delictual y a la del tercero como solidaria de ésta. Finalmente otro sector de la doctrina, en el que se ubica Demogue, entiende que la responsabilidad del tercero es contractual por aplicación del principio de la estipulación en favor del tercero, considerándose que así como el contrato crea derechos para estipulante y tercero, también genera obligaciones para este último, quien al tener conciencia de la existencia del vínculo contractual pasa a ser un adherente al contrato (51).

d) La cuestión en el derecho italiano

Nos detendremos de manera especial en la doctrina y jurisprudencia italianas, dado el desarrollo que el tema ha tenido en las mismas. Se han delineado tres posturas con relación a la responsabilidad aquiliana del tercero por lesión al derecho de crédito. La tendencia negativa es la que ha tenido acogida jurisprudencial y se basa fundamentalmente en los argumentos de una famosa sentencia de la Corte de Apelaciones de Turín del 23/1/52, donde se trató el reclamo del club Torino contra una empresa de aeronavegación por la muerte de los jugadores del primero acaecida en una tragedia aérea. La sentencia de primera instancia del 15/9/50 comienza por negar fundamento a la interpretación amplia del art. 2043 del C. Civil según la cual toda lesión de un interés ligada a un nexo causal y culposo hace surgir el derecho al resarcimiento del daño, basando su negativa en que la norma del art. 2043 "parece implicar la necesaria violación de un derecho subjetivo". Partiendo de esa premisa se razonó que el crédito del club a la utilización de los jugadores que derivaba de los respectivos contratos no resultaba lesionado por la empresa de aviación responsable de la muerte de los deportistas, explicando que el principio por el cual compete a los acreedores alimentarios la pretensión de resarcimiento de los daños hacia el responsable de la muerte del deudor no puede extenderse a otros acreedores del difunto en virtud de vínculos que la propia voluntad del deudor podría poner fin. Como corolario se determinó que mientras para el crédito alimentario la permanencia del deudor con vida es un presupuesto esencial del derecho, no lo es para contratos de locación de obra en los cuales el vínculo puede ser interrumpido por la voluntad del

deudor; a ello se agregó que no existe un derecho a la conservación de la vida ajena, ya que ese derecho es típicamente personal; en síntesis los únicos que podían violar los derechos patrimoniales del club Torino eran los propios jugadores y no los pilotos de la empresa de aviación (52). La Corte de Apelaciones en segunda instancia profundizó el análisis de la cuestión. También comienza por precisar que acto ilícito es sólo aquél que representa la violación de una norma que tutela un derecho subjetivo absoluto, aduciendo en respaldo de tal opinión la tradición del derecho romano, el principio de la relatividad de los efectos del contrato, la distinción fundamental entre derechos absolutos y relativos, las normas de los arts. 1259 y 1916 que otorgan acción subrogatoria al acreedor, y la falta de nexo casual en la violación mediata del crédito, dado el principio resultante de combinar los arts. 1223 y 2056 según el cual es resarcible sólo el daño que sea consecuencia inmediata y directa del acto ilícito (53). En la doctrina, Fedele abrazó plenamente esta tesis negatoria, y en su coherencia por el rechazo de la responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito, niega la tutela del crédito alimentario contra el causante de la muerte del alimentante, al menos con dicho fundamento, expresando la necesidad de justificar dicha legitimación de resarcimiento en otros motivos (54).

Entre los autores que se ubican en la tendencia que admite la responsabilidad del tercero por daño al crédito encontramos a Bellini. El trabajo de su autoría que citamos tiene además del valor teórico, el interés práctico de analizar una sentencia del Tribunal de Roma del 18/8/52 cuyos hechos y decisión pasamos a resumir. Una empresa de la construcción envía a la India a un socio y técnico de la sociedad y a un carpintero a fin de realizar tareas preliminares al trabajo que la empresa luego desarrollaría en dicho país. Ambos efectúan el encargo de manera eficaz, pero al regreso el avión de la empresa T.W.A. luego del despegue del aeropuerto de El Cairo se incendió con la consiguiente muerte de todos los pasajeros. Una parte de los herederos de las víctimas demandaron a la empresa de aviación por responsabilidad contractual, pero la empresa constructora (S.I.C.E.S.I.) accionó por la responsabilidad por el hecho dañoso, siendo de interés el reclamo por

la pérdida de prestaciones futuras ocasionada por la muerte del deudor. En la sentencia se concede que conceptualmente se puede sostener que el derecho de crédito merezca el respeto de los terceros en virtud del art. 2043 que consagra el principio general del "neminem laedere", pero este artículo se concuerda con el 2056 el que a su vez reenvía al 1223 que requiere como condición del resarcimiento que el evento sea consecuencia directa e inmediata de la violación de la obligación o del "neminem laedere". Para ello, continúa la sentencia, el daño debe tener como causa necesaria al hecho ilícito, y en la especie se concluye que la muerte del prestador no es la causa única y necesaria de la resolución del contrato y de la consiguiente pérdida de expectativas del empleador, desestimándose así la demanda (55). Bellini comienza por expresar que el contenido de la antigua *lex Aquilia* continúa en el derecho positivo actual italiano en el art. 2043 del C. Civil que establece: "Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que lo ha cometido a resarcir el daño", pero agrega que si bien existen coincidencias entre la norma actual y la del derecho romano, la vigente es consecuencia de una larga evolución que la distancia de su antecesora. Así mientras la originaria "actio aquiliana" tutelaba sólo casos específicos de lesiones, la actual acción de resarcimiento por hecho ilícito es una acción general sin limitación alguna, de allí que pareciera que el legislador haya previsto que de manera general todos los casos de lesiones puedan ser instrumentados a través del art. 2043. De allí que se pueda incluir en la tutela tanto a los titulares de un derecho personal como a los de uno absoluto, dado que según este autor no existen relevantes diferencias entre los derechos reales y los personales de acuerdo a la cita que se hiciera del mismo en el segundo punto de este trabajo (56). A los fines de examinar la total admisión del derecho de crédito bajo la tutela aquiliana, el autor citado, entiende que es necesario destacar que el elemento causal del proceso dañoso consiste en un comportamiento antijurídico, que el hecho dañoso lesione un interés jurídicamente protegido, que la lesión provoque un daño cierto y efectivo al titular de ese interés y finalmente que entre el daño y el evento dañoso exista un coherente nexo de causalidad (57). Al analizar el término "daño injusto" del art. 2043 del C. Civil Italiano, entiende

que el mismo se da cuando la acción que lo causa es antijurídica, como ocurre en determinadas situaciones como la legítima defensa, el estado de necesidad o el consentimiento del lesionado. Ahora bien, agrega que lo injusto en cuanto antijurídico, no puede referirse solamente a los derechos absolutos con exclusión de los relativos, ya que el hecho dañoso, sea culposo o doloso, debe considerarse antijurídico en tanto viole una norma general que impone el respeto de los derechos e intereses ajenos, norma que se resume en el tradicional deber del "neminem laedere"(58). En cuanto al requisito de que el daño afecte un interés reconocido y protegido jurídicamente, deduce del mismo la exclusión de simples situaciones de hecho de las que derivan meras expectativas y no derechos, aunque admite que la jurisprudencia ha concedido la tutela aún en algunos de estos casos. Así niega resarcimiento a la concubina, a los parientes ilegítimos —cuestión hoy superada—, o a quienes tienen sólo una relación de noviazgo; mientras que lo reconoce para los casos donde se afectan los derechos de la personalidad —integridad física, el propio nombre—, los intereses encuadrados en una relación de derecho real y en líneas generales los que emanan de un vínculo obligacional. Entre estos últimos intereses señala que además del principal del acreedor al cumplimiento de la obligación existen otros concurrentes y secundarios como que dicho cumplimiento no se vea impedido por caso fortuito ni por una imposibilidad imputable a la intervención de terceros que puedan causar la pérdida de la cosa, su daño o la muerte del deudor, o que el deudor no dilapide sus bienes que aseguran la satisfacción del crédito. A la hora de brindar ejemplos concretos de estos intereses enumera los del acreedor alimentario respecto de quien causa la muerte del alimentante, el arrendatario contra el tercero que daña la cosa locada, el empresario artístico que tiene interés en que su competidor no secuestre al concertista contratado (59). En lo que se refiere a la existencia del daño, aclara que puede haber lesión sin daño, ya sea porque el perjudicado encuentra inmediata satisfacción accionando contra otra persona. Se trata de la sustitución del deudor, siendo los casos más frecuentes los de las obligaciones de dar que se transmiten a los sucesores del deudor y en las de hacer si la prestación resulta fungible, es decir que no asuma el carácter "intuitu personae"

—aquí influirá también la posibilidad del acreedor de tomar provisiones de reemplazo del deudor como el caso de un empleado— (60). Por último con relación al requisito del nexo causal, explica que la norma del art. 1223 establece que el daño es resarcible sólo cuando sea consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso, lo que no implica que sea consecuencia única y necesaria —crítica en esto un antecedente jurisprudencial—, además de que dicho carácter del nexo causal debe ser apreciado en el caso concreto (61).

Por último Aparicio menciona una corriente intermedia en la doctrina italiana, en la que incluye, entre otros, a Cicù, quien reduce la existencia de esta responsabilidad a casos de destrucción o desapoderamiento del documento que instrumenta la obligación, y a Betti quien sostiene que solamente el comportamiento doloso del tercero puede derivar para el acreedor un daño inmediato y directo, ya que los terceros no están obligados a colaborar con el acreedor para el cumplimiento de su expectativa, pero el dolo crea nexo causal por importar una flagrante violación del deber de respeto al derecho ajeno (62).

En una postura que también consideramos intermedia, aunque con tendencia negativa hacia este tipo de responsabilidad, Trimarchi encara el tema distinguiendo dos hipótesis: la de un contrato entre el tercero y el deudor incompatible con el cumplimiento por parte de éste de su deuda preexistente y la del homicidio o lesión del deudor que extinga el derecho ajeno de crédito o afecte su cumplimiento —comprendiendo también el caso de destrucción o daño de la cosa necesaria al deudor para satisfacer el derecho de crédito ajeno— (63). Un ejemplo del primer supuesto resulta la adquisición por el tercero de un bien que el cedente había ya prometido en venta o en locación a otros. Análogo conflicto se verifica cuando el tercero estipula con el deudor de un contrato que empeñe su actividad y su tiempo de manera tal que le sea imposible cumplir con compromisos asumidos precedentemente, o que directamente el contrato con el tercero importe el incumplimiento de una cláusula de no competencia, de exclusividad o de precio impuesto. Trimarchi señala que como regla primaria debe dejarse asentado que el tercero de buena fe no puede en

ningún caso incurrir en responsabilidad por este tipo de contratos incompatibles con un compromiso anterior, esgrimiendo que se trata de una regla necesaria para un seguro desenvolvimiento del comercio. Nuestro autor encuentra bases normativas para esta solución, destacando entre otras al art. 1148 del C. Civil Italiano según el cual el poseedor de buena fe está exento de la obligación de restituir los frutos, por lo que con mayor razón no debe ser responsable de la falta de goce de la cosa por el titular; en suma entiende que la telésis de estas normas radica en no obstaculizar el intercambio de bienes. Es así que si la adquisición o uso de una cosa de buena fe no es fuente de responsabilidad cuando es lesivo del derecho de propiedad ajeno, "a fortiori" no lo será cuando lo perjudicado es la posición de un tercero al que la cosa le es destinada en virtud de un vínculo obligacional o contractual (64). Como consecuencia de lo anterior, para el autor que comentamos la cuestión se reduce a las hipótesis en las que el tercero haya contratado conociendo la incompatibilidad del contrato con uno preexistente o cuando debía haber conocido de la misma. Trimarchi encuentra fundamento en diversas normas del Código Civil Italiano para argumentar en favor de la irresponsabilidad del segundo adquirente aún de mala fe que inscribe el inmueble adquirido antes que el primer adquirente, y entre otros motivos cita que no existen dudas de que en caso de que lo venda, quien lo adquiere ulteriormente lo hace de buena fe. Otros fundamentos normativos se dan en el art. 1380 del C.C.I. que dispone que el goce de una cosa corresponde a quien primero lo obtuvo aunque haya contratado en segundo lugar e independientemente de su buena o mala fe, y en el art. 1379 que establece que la prohibición de enajenar establecido por contrato sólo tiene efecto entre las partes, considerando como razón justificadora de esta inoponibilidad de los derechos de crédito a los terceros el dinamismo y seguridad del tráfico comercial. A los argumentos de carácter económico y de promoción de los negocios jurídicos, Trimarchi añade que además de ser pocos los casos en que se podría llegar a probar el dolo o culpa grave del tercero, el acreedor siempre tiene a su disposición la responsabilidad contractual del deudor y si la misma es insuficiente, debe asumir las consecuencias de una elección contractual libremente efectuada⁶⁵. En suma, el pensamiento de este

jurista respecto de contratos incompatibles se resume en la inoponibilidad del derecho de crédito frente a los terceros, salvo que el tercero induzca al deudor al incumplimiento mediante declaraciones falsas respecto del acreedor o que tenga por objetivo específico lesionar la actividad productiva del acreedor (66).

En lo que se refiere al supuesto perjuicio al derecho de crédito mediante homicidio o lesión al deudor, indica que la línea jurisprudencial dominante limita la responsabilidad del tercero a las hipótesis en las cuales el crédito tenga por objeto una prestación de "hacer" infungible, ya que sólo en esos casos el acreedor se verá efectivamente perjudicado, mas replica Trimarchi que esto también puede acaecer en presencia de prestaciones fungibles ya que, debido a las imperfecciones del mercado, la sustitución del deudor sólo se concreta luego de transcurrido cierto tiempo. Es más, entiende que aún en las prestaciones de "dar" podría configurarse el perjuicio en la medida en que el deudor se vea imposibilitado de obtener ingresos por la lesión (67). Como demostración de la tesis que atribuye a los acreedores contractuales el derecho de resarcimiento del daño en caso de homicidio del deudor, se arguye el consenso del mismo derecho respecto de los familiares del muerto titulares de un crédito alimentario, pero Trimarchi considera que en la mentada analogía se exageran las coincidencias —ambos casos se tratan de derechos de crédito— y se subestiman las diferencias —en un caso el crédito es contractual, en el otro proviene de la ley que a su vez se funda en el parentesco— (68). En segundo término expone un obstáculo de orden práctico consistente en que usualmente el pleno resarcimiento de los familiares del muerto alcanza los límites de la capacidad patrimonial del responsable del daño, por lo que la extensión a otros acreedores aparejaría una satisfacción meramente parcial de cada uno. Y se muestra escéptico en cuanto a que este resultado deletéreo pueda ser remediado mediante un adecuado seguro de responsabilidad civil, ya que siempre tendrá un máximo asegurado que responderá a valores suficientemente probables y no erráticos —como ocurriría en el supuesto de acreedores contractuales respecto de deudores como un futbolista o actor exitoso—. En este aspecto la conclusión de

Trimarchi coincide con la solución tradicional que atribuye el resarcimiento a los familiares pero no a los acreedores, explicando que la misma se justifica en la mayor intensidad de la exigencia de tutelar los vínculos familiares respecto de los contractuales, a lo que agrega que el acreedor contractual está en mejor posición que el familiar para encontrar sustitutos del deudor (69). Luego de las consideraciones de carácter general, Trimarchi se detiene en el caso particular del empleador, que abonó la remuneración al dependiente durante el tiempo de inactividad debida al infortunio causado por un tercero. Aquí nuestro jurista considera que el empleador podría reclamar al tercero el reembolso de dichas sumas, pero no mediante una acción propia de responsabilidad extracontractual por lesión del propio derecho a la prestación del trabajo, sino subrogándose hasta la concurrencia de las sumas pagadas en los derechos del propio dependiente respecto del tercero, ya que al abonar tales remuneraciones viene a cumplir el rol de una aseguradora (70). La otra hipótesis que trata este autor italiano es la del daño al crédito como consecuencia indirecta de un acto ilícito que afecta inmediatamente al deudor consistente en la destrucción o daño de una cosa de propiedad del deudor necesaria para cumplir una obligación. En estos casos ocurre que la destrucción o daño de la cosa determine la resolución del contrato por imposibilidad sobreviniente o su suspensión por imposibilidad temporánea, por lo tanto el acreedor en la medida en que no reciba la prestación que le es debida queda liberado de cumplir su contraprestación. Si la imposibilidad del cumplimiento contractual es inculpable el acreedor no puede pretender un resarcimiento de su deudor contractual; en cambio si existió culpa del deudor en la protección de la cosa o si se pactó su responsabilidad objetiva, el acreedor tiene una acción contractual contra el deudor, quien a su vez tiene una acción aquiliana frente al tercero responsable del daño. En definitiva considera carente de utilidad otorgar una acción extracontractual directa al acreedor frente al tercero (71). Como síntesis de su trabajo Trimarchi enuncia las siguientes conclusiones: a) el acreedor contractual ni tiene acción contra el tercero que haya perjudicado su derecho mediante la estipulación de un contrato incompatible con el deudor o mediante la lesión de la persona o de los

bienes del deudor; b) como excepción prevé la hipótesis según la cual el tercero haya actuado con la finalidad específica de dañar al acreedor; c) se tutela la tenencia de una cosa en razón del ejercicio del derecho personal de uso y goce en virtud de una especial regla del ordenamiento jurídico positivo (art. 1585, 2do. párrafo del C.C.I.) (72).

5) La responsabilidad del tercero por lesión del derecho de crédito en el derecho civil argentino

a) Tratamiento general del tema y su relación con la teoría general de la responsabilidad

Pocos han sido los autores nacionales que se han ocupado del tema de manera específica. Por motivos de limitación y objetivos del presente trabajo nos limitaremos fundamentalmente a recoger la opinión de quienes han encarado el tema de manera particular, sin perjuicio de efectuar breves referencias a quienes incidentalmente abordaron esta cuestión. Por último comentaremos los escasos antecedentes jurisprudenciales vernáculos. Es de señalar en primer lugar que en las III Jornadas —Nacionales— de Derecho Civil celebradas en 1967 en Tucumán fue aprobado el siguiente despacho con referencia al tema que nos ocupa: "El tercero que, mediante un hecho ilícito, impide el cumplimiento de la obligación en favor del acreedor, debe responder a éste por los daños y perjuicios ocasionados siempre que se den las siguientes condiciones: a) Que medie una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el hecho ilícito y el daño sufrido por el acreedor a raíz del incumplimiento del deudor (art. 901 y sigs. del C. Civil); b) Que, en razón del hecho ilícito del tercero, el acreedor no pueda obtener la prestación debida por ninguno de los medios que le acuerda el Código Civil. Si la falta de cumplimiento fuere por insolvencia del deudor, el acreedor sólo tendrá acción contra el tercero cuando el hecho ilícito de éste hubiere determinado tal insolvencia (73). Como se puede apreciar ya en aquél entonces existía consenso en la doctrina con relación a aceptar este tipo de responsabilidad como una especie del género de la responsabilidad extracontractual. De allí que a los fines de ubicar esta particular

responsabilidad conviene comenzar por examinar los presupuestos de la responsabilidad civil en general. Si bien existen ciertas diferencias en la doctrina respecto de la cantidad de los elementos de la responsabilidad civil, se puede decir que básicamente existe consenso en enumerar a los mismos de la siguiente manera: antijuridicidad, daño, factor de atribución y nexo de causalidad (74). A efectos de examinar el tema que nos ocupa es necesario detenerse en el concepto de antijuridicidad o ilicitud. La misma ha sido conceptualizada como la mera contradicción objetiva del acto generador de responsabilidad con las disposiciones del derecho positivo, considerado como un todo orgánico y unitario; de esta concepción se deriva que no es necesaria la existencia de culpabilidad para que se dé un acto ilícito —en todo caso la culpa será un factor de atribución subjetivo—, y que un acto es ilícito para todo el orden jurídico y no puede serlo para un sector del mismo y no serlo para otro (75). Aparicio señala que nuestro Código Civil adopta esta concepción objetiva de antijuridicidad en el art.1066 que establece: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía...". A su vez el art. 1071 en su primer párrafo reza: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto"; con lo que se concluye que un acto sólo puede reputarse antijurídico cuando su autor ha obrado fuera de la esfera de sus propios derechos subjetivos (76). Ahora bien, la existencia de responsabilidad en supuestos en los que no existe acto ilícito —baste pensar en la responsabilidad del Estado por acto lícito—, ha llevado a replantear no tanto el concepto de antijuridicidad, sino la consideración de la misma como presupuesto de la responsabilidad civil. Este "proceso de cambio" en la elaboración del problema de la responsabilidad civil condujo a que la atención pasara de la estructura del acto ilícito o antijurídico —y por ende del autor del hecho— a la estructura del evento lesivo —y por ende del sujeto lesionado—, redefiniéndose a la responsabilidad civil como una reacción contra el daño injusto (77).

Esta última consideración nos guía al análisis de otro presupuesto de la responsabilidad, el daño, que adquiere la categoría

de fundamento y lógico "prius" de la responsabilidad, desvinculando el problema resarcitorio del de la ilicitud. De Lorenzo explicita que la elaboración del fenómeno resarcitorio sobre la base de la antijuridicidad no suministra un parámetro adecuado para numerosos casos de conflictos de intereses que se suscitan a partir de conductas no prohibida o directamente ajustadas al ejercicio de un derecho, debiéndose caer en valoraciones axiológicas que termina por disolver el concepto de antijuridicidad en un sistema valorativo de resultados "ex post facto"(78). Así el autor citado entiende que en los casos de responsabilidad basada en ciertos factores de atribución objetivos como el riesgo, la garantía o la equidad, en realidad se está en presencia de actos lícitos, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico se limita a disponer la distribución del resultado lesivo de acuerdo a distintos criterios como el de economicidad (79). Una cabal comprensión del problema, importa indagar la teleología de la distribución del daño injusto que trasciende el mero restablecimiento del interés menoscabado por la conducta lesiva —que se compadece con una estrecha óptica de la cuestión reduciéndola a la relación entre víctima y victimario—, para abarcar también la prevención o disuasión a través del desaliento de las conductas dañosas y establecer los contornos del ámbito de lo permitido, lo no permitido y lo jurídicamente indiferente. En síntesis, el "quid" de la responsabilidad pasa por la elaboración y determinación de un sistema conveniente para seleccionar intereses merecedores de tutela y de los criterios por los cuales se justifica que un daño se transfiera de un sujeto a otro (80). Al tratar el concepto de daño como presupuesto de la responsabilidad civil, Aparicio explica que en un sentido amplio daño significa el detrimento o menoscabo de una situación desfavorable, de un interés cualquiera, pero jurídicamente la significación es más restrictiva, distinguiéndose así el concepto jurídico del concepto físico de daño. Así desde una óptica muy restrictiva sólo sería susceptible de protección jurídica un derecho subjetivo absoluto, que responde a la vinculación originaria de la acción aquiliana con el derecho de propiedad, rechazándose en consecuencia la posibilidad de lesión al crédito por un tercero (81). En una postura más amplia, se considera daño jurídicamente relevante al detrimento o menoscabo de un interés

legítimo, objeto de protección jurídica, es decir que hay daño cuando se afecta un interés previamente protegido por el ordenamiento, y para el autor cordobés, siendo el derecho de crédito un derecho subjetivo su lesión configura un daño de entidad idónea para ser objeto de resarcimiento (82). En cuanto al fundamento normativo Aparicio lo ubica en el art. 1079 del C. Civil que establece: "La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta". Pero, advierte el autor, que una interpretación literal de la norma mentada implicaría a una extensión ilimitada de la responsabilidad por el hecho personal, es así que la cuestión pasa por imponer justos límites dentro de los cuales se desenvuelva racionalmente el principio general enunciado. A tal fin considera que es necesario establecer que exista una conexión causal entre el acto y el daño; que —como quedara dicho antes— el título exhibido por el damnificado sea un interés legítimo, protegido por el derecho y no un mero interés de hecho; y que el daño sea atribuible al agente no por una mera relación material sino en virtud de algún factor de atribución, que en algunos casos será el dolo, la culpa o un factor objetivo —como el riesgo, la garantía, la equidad y la solidaridad social— (83).

Desde una óptica más vanguardista, hay que considerar la diferencia de tiempo en que se escribieron ambas obras, De Lorenzo señala que la determinación del sistema de selección de intereses mercedores de tutela, básicamente se efectúa de dos modos o pautas: o bien se prevén figuras ilícitas típicas, en cuyo caso la ley ya especifica los casos de daño injusto; o se establece solamente una regla genérica, correspondiendo así al juez determinar las especificaciones y articulaciones del principio general que prohíbe dañar a otro injustamente. No obstante esa división básica, ambos sistemas se acercan en la práctica, por cuanto en el primero se recurre a figuras típicas indeterminadas y en el segundo la cláusula general se integra con hipótesis particulares de ilicitudes que la precisan (84). En su tarea de indagación, De Lorenzo contrapone en "aparente oposición" al

sistema francés, que no duda en calificar como un esquema "abierto y atípico" en el cual la jurisprudencia conserva el rol esencial en la categorización del ilícito, con el sistema del "common law" que considera como policéntrico y tipificado aunque en dirección a un sistema abierto y genérico; y extrae como conclusiones la insuficiencia de un sistema catalogado de figuras dañosas ilí citas, la inutilidad de una noción de antijuridicidad conceptualizada "a priori" y que determine sin valoración en el caso concreto las conductas contrarias al ordenamiento, la tendencia a desplazar el enfoque de la conducta del agente lesionante hacia el perjuicio sufrido y la escasa utilidad de recurrir a la noción de "ejercicio de un derecho" para configurar la noción de daño justificado (85). Apunta que la teoría tradicional entiende que "daño injusto" es el "injustamente producido", en un enfoque que establece la cualificación de injusticia en el acto—causa y no en el daño—efecto, pero esta postura se contradice sin solución de continuidad al considerar como acto lesivo al que afecte un interés previamente tutelado por el ordenamiento jurídico, de allí que sea tarea previa la determinación de dicho interés, más allá de que al lesionarse el mismo se extiende la lesión a la norma que lo tutela, y en ese sentido se habla de violación del derecho como acto "contra ius" —conducta antijurídica— y de daño jurídico como "damnum iniuria datum" —interés jurídico lesionado". En ese marco tradicional de cuño liberal, el autor inscribe al artículo 1066 del C. Civil en cuanto exige que la articulación del acto ilícito se configure sobre un elenco preestablecido de conductas prohibidas, de acuerdo al principio sobre el que gira el sistema y que enuncia "todo lo que no está prohibido está permitido"(86). Desde esta perspectiva, precisa De Lorenzo, no existiría diferencia alguna entre el ilícito contractual y el aquiliano, ya que ambos importarían la transgresión de un deber preexistentes, la distinción se reduciría a que en el ilícito aquiliano el deber recae sobre la generalidad de los individuos por corresponder a un derecho absoluto, mientras que en el contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente por tratarse de un derecho relativo. Como consecuencia de ello el principio general del "alterum non laedere" deviene carente de utilidad ya que no sería más que la suma de todos los deberes contenidos en el ordenamiento jurídico y que son

el reverso de todos y cada uno de los intereses tutelados por el derecho. Así nuestro artículo 1109 no sería autosuficiente, sino que debería ser completado con otras normas que exigen o vedan determinados actos y debería leerse en forma combinada con el art. 1066 de la siguiente manera: "Todo el que ejecuta ilícitamente un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio"(87). Como consecuencia de lo anterior, surgiría esta regla: "es lícito causar cualquier daño a otro, salvo si una norma prohíbe ese daño —o esa conducta lesiva—en concreto", con lo cual el "alterum non laedere" sólo actuaría como factor sancionatorio —de atribución de responsabilidad— pero no es suficiente para categorizar como injusta la lesión de un interés de hecho, ya que éste debe estar tutelado jurídicamente en forma previa. Con gran claridad de conceptos, De Lorenzo sintetiza: "daño injusto sería el menoscabo de un interés jurídicamente reconocido en un momento previo a su lesión", por lo que no existe el deber de no causar daño sino de no causar un daño injusto, derivado de un acto "contra ius", que atente contra el deber que emerge de todo interés jurídicamente reconocido (88).

En un enfoque distinto al comentado, el autor entiende que el "alterum non laedere" actúa contemporáneamente y a falta de previsión específica como fuente de tutela al interés lesionado, con lo cual un derecho deja de ser un interés que deba ser protegido, sino que es la protección misma del interés, dándose en forma concomitante el reconocimiento y su reparabilidad derivadas de la responsabilidad. La tutela adviene así con anterioridad al reconocimiento de la situación jurídica subjetiva de la víctima, con lo cual la juridicidad del interés de hecho es sobreviniente a la tutela que se determina pretorianamente y no en forma previa por la ley. En tales términos considera que el artículo 1109 "se basta a sí mismo", es autosuficiente para categorizar al daño injusto, ya que si se lo interpreta relacionándolo con el artículo 1066 no sería posible resarcir la lesión de intereses de hecho "merecedores" de protección, ya que la tutela se limitaría a aquellos intereses que gozan previamente de reconocimiento (89). Esta concepción importa el abandono de la

antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad y por ende el centro de la formulación del concepto de daño injusto en lugar de ubicarse en el comportamiento "contra jus", se traslada al deber fundamental del "alterum non laedere" caracterizado como un obrar "non jure", con lo cual el daño injusto sería el ocasionado sin justificación. El mismo pasa a categorizarse no en función de la existencia o no de una protección del ordenamiento al interés menoscabado, sino en función de que no exista un derecho o interés del lesionado que justifique la lesión. De Lorenzo replantea así la regla general de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado, con lo cual el "alterum non laedere" recobra su contenido tuitivo y axiológico, desvinculándose de una ilicitud predeterminada (90). Para esta concepción no es suficiente para obrar lícitamente que el acto no esté prohibido, sino que es necesario que se acuerde una preferencia de un interés —el del lesionado— sobre otro —el del lesionado— (v.gr.: el concursante que vence daña al que pierde, el comerciante que compite lealmente conduce a la "ruina" a su competidor). El daño pasa de ser "contra ius" a ser "sine iure"(91). Por último, nuestro autor, previene respecto de que, así como no basta que exista una prohibición expresa para que el daño sea injusto, tampoco debe caerse en una postura que exija un elenco expreso de justificantes para que el daño no sea considerado injusto, ya que se caería en la misma solución desde la óptica de la permisón en vez de la prohibición. Da como ejemplo el del daño necesario, que carece de antijuridicidad por la causal de justificación del estado de necesidad y por ello no es delito penal, mas ello no implica que a los fines reparatorios el interés lesionado de esa manera no sea merecedor de protección. Y en cuanto a la valoración comparativa de los intereses en conflicto expone el caso de la responsabilidad de los medios de prensa como paradigma de que el meollo de dicha cuestión no pasa por "descubrir" la ilicitud del acto ni el respectivo factor de atribución, sino en apreciar en el caso concreto si el interés preeminente es el derecho a la intimidad o a la libertad de prensa. Esa valoración debe hacerse en base a criterios que no se reducen a normas de derecho positivo, sino que se extienden a puntos de vista ideales y axiológicos,

habiéndose apelado a nociones como la buena fe, la moral, las buenas costumbres, la justicia, la solidaridad social, a los que pueden sumarse la utilidad pública que resulte del sacrificio de uno de los intereses en conflicto, lo cual si bien y en un primer análisis se traduce en una disminución de la seguridad jurídica, el jurista citado entiende que ello redundaría en una mayor aproximación de dicho valor con el de justicia (92).

Como se puede apreciar, desde esta última posición que esgrime De Lorenzo, no existe obstáculo en reconocer tutela aquiliana al derecho de crédito, ya que la misma se extiende no sólo a los derechos subjetivos relativos sino también a los intereses legítimos y a los de hecho merecedores de tutela. El problema, dice el autor citado, se ha desplazado a la selección de pretensiones resarcitorias, ya que aparece irrazonable hacer recaer sobre el autor de un ilícito la totalidad indiscriminada de acreedores de la víctima (93). Al respecto en nuestro ordenamiento es de central importancia el art. 1079 cuyo texto transcribimos más arriba. Para De Lorenzo la importancia del precepto radica en establecer que cuando un mismo hecho lesiona a una multiplicidad de intereses pertenecientes a diversos sujetos, todos los eventos lesivos convergen en ese único acto ilícito. La consecuencia relevante de ello es que cada una de la esfera jurídicas lesionadas no importa una hipótesis autónoma de ilícito y consiguientemente es oponible a todos los damnificados la culpa de la víctima y si el factor de atribución fuera la culpa el mismo es exigido sólo con relación al evento del comportamiento dañoso y no respecto de todas las consecuencias que pudieran derivar del mismo. De allí que si sólo se protege a algunos damnificados, ello importa que la injusticia radica en el daño y no en la conducta lesiva (94). Y como el criterio de selección pasa por un cuidadoso análisis comparativo de los intereses en pugna, para este autor no es posible considerar a la "lesión al crédito" como un supuesto general de caracteres uniformes que permitan establecer cuándo se da dicha lesión y en consecuencia corresponde el resarcimiento. En realidad, puede haber lesión al crédito y no existir derecho a indemnización, porque el concepto de "lesión al crédito" engloba diversas hipótesis heterogéneas, diversas

"subespecies" que sólo tienen en común que la injusticia del daño —o la antijuridicidad del comportamiento que lo produce para las posturas tradicionales— no coincide con la lesión a un derecho subjetivo absoluto (95). Así la conclusión a la que arriba De Lorenzo es que la selección de los intereses tutelados frente a una lesión a una posición negocial debe efectuarse en base a un criterio combinado: por un lado debe valorarse comparativamente el interés lesionado con el interés del comportamiento lesivo para determinar la injusticia del daño, pero por el otro señala la relevancia de la certeza del daño y de la relación causal que el mismo guarde con el acto lesionante (96). Encontramos que si bien esta posición conlleva menor grado de certeza en cuanto a establecer cuándo debe ser resarcido el crédito lesionado, es más realista, ya que en virtud de su mayor "flexibilidad" explica de mejor manera por qué habrá casos en que se requiere dolo para el resarcimiento, en otros bastará con la culpa o un factor objetivo para atribuir la responsabilidad y en otros hasta podría no haber responsabilidad aún cuando exista una conducta intencional.

b) Distintas hipótesis de lesión al crédito y su tratamiento doctrinario y jurisprudencial

b1) Lesión mediata al derecho de crédito por actos que afectan directamente la persona del deudor

Las distintas hipótesis que se engloban bajo el concepto de "lesión al crédito" han sido mencionadas al comentar el tratamiento dado a este tema en el derecho comparado, especialmente en el derecho italiano. En la doctrina nacional, Aparicio analiza como primer supuesto los actos que afectan directamente la persona del deudor, enumerando entre tales afecciones muerte, lesiones, secuestro, violencia, etc., pudiéndose apreciar que se trata de situaciones en las que no ofrece duda la antijuridicidad o ilicitud del acto del tercero lesionante. Ante tales hipótesis el autor citado se preocupa por precisar los límites que impidan una ampliación desmesurada de la responsabilidad del acto ilícito, expresando en primer lugar que el acto en cuestión no siempre produce una lesión al derecho del acreedor. Es

lo que ocurre en las obligaciones da dar, ya que en tales casos la relación obligatoria no se extingue sino que se transmite a los herederos tanto en la titularidad activa como pasiva de acuerdo a los artículos 3342, 3343 y 3417 del C. Civil, y si los herederos no se encontraran en condiciones de cumplir la prestación, ello no sería imputable al tercero (97). Es así que para el civilista cordobés la cuestión queda circumscripita a las obligaciones "intuitu personae", entre las que se encuentra la de prestación de alimentos. Respecto de esta obligación nuestro Código Civil regula específicamente la hipótesis en los artículos 1084 y 1085 según los cuales el derecho al resarcimiento compete al cónyuge superviviente y a los herederos necesarios del muerto. Esta acción es ejercida por los parientes del muerto "iure proprio", ya que el derecho nace con la muerte de la víctima y concierne al futuro ya que atañe a la frustración de la legítima expectativa que poseían los titulares de la acción de recibir diversas prestaciones o ventajas (98). La circunscripción de la legitimación activa a los integrantes del grupo familiar básico del difunto importa hacer radicar en los vínculos de solidaridad e interdependencia económica existentes en la familia este derecho, con prescindencia de todo nexo obligatorio, de allí que no se trate exactamente de lesión al derecho de crédito, sino que lo afectado es el "status" de integrante del grupo familiar. Es más, lo fundamental es el grado de interdependencia económica que unía al damnificado con la víctima, de allí que el perjuicio será más evidente en caso de fallecimiento del sostén del hogar (99). Y en base a dicho fundamento, se ha interpretado que la limitación de los artículos 1084 y 1085 no importa derogación de la legitimación amplia contenida en el art. 1079, sino que los beneficiarios de los primeros artículos gozan de una presunción a su favor, mientras que aquellos que no integraban el círculo referido pueden reclamar resarcimiento con apoyo en el art. 1079 pero deberán soportar la carga de la prueba (100). Concretamente la tesis que sostiene la legitimación amplia con apoyo en el art. 1079 ha encontrado su aplicación jurisprudencial más relevante en el reconocimiento de este derecho al concubino (101).

En cuanto a las obligaciones "intuitu personae" que, en principio, legitiman al acreedor a reclamar indemnización por el perjuicio que le ocasiona la muerte del deudor por cuanto ésta produce la extinción de su crédito, las que suscitan mayor controversia son las relaciones que tienen por objeto una prestación de hacer infungible. A propósito de ello, Aparicio cita el caso italiano del accidente de Superga, ya comentado "ut supra". Para este autor, en nuestro derecho no existe duda con relación a la legitimación de los acreedores a prestaciones de hacer infungibles para demandar el perjuicio que les ocasiona la muerte del deudor, siendo generalmente el acto ilícito la causa adecuada del perjuicio. Critica así la solución brindada por la jurisprudencia italiana que distingue entre los casos de acreedores alimentarios y los que lo son en virtud de un derecho de crédito "strictu sensu" de prestaciones de hacer infungibles, ya que en ambos casos la voluntad del deudor tiene la misma significación en cuanto al cumplimiento de la prestación, la hipótesis de este cumplimiento está subordinada a la permanencia con vida del deudor, por lo que también en ambas hipótesis la obligación se extingue por el fallecimiento del deudor (102). En cuanto a los justos límites que Aparicio se ocupa de establecer a fin de ampliar desmesuradamente el número de legitimados activos, encuentra un criterio restrictivo en la certidumbre del daño, explicando que si la obligación extinguida tiene su fuente en un contrato sinalagmático, habrá que ver si tiene o no otra obligación corresponsiva a cargo del acreedor. Si no la tiene, resulta evidente que el daño consiste en la pérdida de la prestación debida. Si la tiene es necesario establecer si media una diferencia desfavorable para el acreedor entre la pérdida del beneficio que le reportaría el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor y la liberación del sacrificio que para aquél significa el cumplimiento de la prestación a la que está recíprocamente obligado. Sólo habría perjuicio si se verificara esa diferencia desfavorable. La dificultad radica en el criterio más apto para mensurar los beneficios y sacrificios. Uno de ellos estriba en la fácil o dificultosa reemplazabilidad del deudor fallecido, lo que será más difícil cuanto mayor sea el carácter de "intuitu personae" de la prestación del deudor fallecido o lesionado. Otro criterio es la presunción de la previsibilidad de la eventualidad de

la muerte de un empleado en una gran empresa, lo cual no es directamente predicable si el empleador se trata de un pequeño empresario (103).

En sentido concordante Zavala de González entiende que si el deudor se hallaba comprometido a brindar un servicio personalísimo e insustituible —un jugador de fútbol, un artista—, que ha sido impedido por el atentado a su integridad psicofísica o a su vida, esta lesión repercute mediatamente en los intereses económicos del acreedor quien podrá accionar como damnificado indirecto en virtud del art. 1079, radicando la complejidad de la cuestión en la determinación de la entidad del daño (104). Un caso que ha sido objeto de tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia es el del empleador que podría invocar el perjuicio que reside simplemente en tener que pagar un salario sin la contraprestación laboral pertinente. Al respecto si se encuadra la cuestión bajo la hipótesis de "lesión al crédito" habrá que acreditar que el agente no pudo ser sustituido o que la sustitución pudo lograrse con cierta cuota de sacrificio patrimonial —v.gr.: pago de honorarios extra al personal reemplazante—. Otra corriente de pensamiento prescinde de la pauta de "insustituibilidad" y reconoce la resarcibilidad del daño que siempre sufre el empleador al tener que pagar estipendios sin contrapartida durante el período de impedimento del agente. Esta segunda línea doctrinal ha sido recogida jurisprudencialmente, mereciendo el comentario favorable de Zavala de González, quien considera que ninguna diferencia cabe establecer entre la hipótesis señalada y la del empleado que espontánea e injustificadamente suspende su actividad, por lo que si en este caso el empleador puede reclamar contra él el reembolso pertinente, no se aprecia por qué no puede reclamar al tercero que con su conducta ilícita impidió la contraprestación del trabajador (105).

Por último es de destacar un antecedente jurisprudencial, en el cual la mayoría entendió que no existía interés legítimo y por ende legitimación activa en los términos del art. 1079 y la minoría —al igual que las decisiones de las instancias anteriores— sí. Se trata del fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires in re: "Torello Hnos. S.A. c/

Cauchet Chemical S.A. s/ daños y perjuicios"(106). Los hechos juzgados consistieron en que un dependiente de la empresa actora que en sus ratos libres trabajaba en la empresa demandada, sufrió en esta última un accidente laboral que lo mantuvo inactivo durante un año. La actora reclamó a la otra empresa el pago de las sumas que tuvo que abonar a su dependiente durante el período de inactividad en concepto de sueldos, asignaciones familiares y cargas sociales en virtud de la ley de contrato de trabajo. El voto de la mayoría estuvo a cargo del dr. Laborde quien entendió que la legitimación activa aparentemente amplía del art. 1079 encuentra sus límites en la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado y no puede reclamar quien sólo es titular de un interés de hecho; no dándose en la especie tales requisitos ya que la causa de la obligación de pagar de la actora no radicó en el hecho de la demandada -tercera en la relación de empleo— sino en la ley de contrato de trabajo, por lo que si la inactividad del empleado se hubiera debido a otra causa igualmente debía abonársele tales conceptos. Como se aprecia se trata de un razonamiento similar al de los tribunales italianos en los casos "Superga" y "S.I.C.E.S.I.". En cambio la minoría —que consistió en el voto del dr. Negri— consideró que si bien era una obligación legal de la actora el pago de los conceptos reclamados, la misma no se habría visto en el deber de abonarlos si no se hubiera dado el hecho ilícito del tercero, estando así legitimada activamente a la luz del art. 1079 y que los justos límites a la amplitud que se desprende de dicha norma están dados por la certeza del daño y no por la existencia de un interés legítimo o de un daño "jurídico" —entendido éste como más restrictivo que el concepto de daño "injusto"—. En comentario al citado fallo, De Lorenzo critica la postura de la mayoría, por cuanto la obligación legal de la actora está prevista para ser cumplida normalmente recibiendo la contraprestación del trabajador, pero aquí por el ilícito del tercero debieron erogarse sumas sin esa contraprestación de servicios. El daño injusto consistió así en "tener que cumplir sus obligaciones contractuales sin recibir la contraprestación" en virtud del ilícito del tercero. Lo que ocurre es que el daño no recae en la esfera del deudor como sucede en la lesión al crédito, sino directamente en la del acreedor-empleador, siendo lo

afectado su posición contractual, coincidiendo con Zavala de González en que no existe daño emergente sino lucro cesante (107).

b2) Lesión mediata al derecho de crédito por actos que afectan directamente el derecho de propiedad del deudor sobre la cosa objeto de la prestación

Bajo este título —en cuya denominación seguimos a Aparicio— se incluyen los ejemplos en los cuales un tercero destruye o deteriora una cosa de propiedad del deudor debida por éste al acreedor, ya sea porque debe transmitirle el dominio o porque deba garantizarle su uso y goce. Los derechos italiano y francés han brindado solución al tema a través del instituto de la subrogación del acreedor en los derechos del deudor (108). Nuestro Código Civil no ha recurrido a dicho instituto para tales situaciones. En cambio encontramos la norma del art. 888 que establece: "La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor", que se limita a reiterar la norma consagrada en materia de obligaciones de dar (arts. 578, 580, 584 y 586) y de hacer o no hacer (arts. 627 y 632), y que se complementa con la del art. 895 que reza: "En los casos en que la obligación se extingue por imposibilidad del pago, se extingue no sólo para el deudor, sino también para el acreedor a quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida", con lo cual en caso de que el acreedor damnificado por el hecho de un tercero hubiese abonado el precio tiene derecho a su reintegro por el deudor (109). No obstante ello, no existe óbice en reconocerle al acreedor en estos casos, derecho al resarcimiento mediante una acción directa contra el tercero fundada en el art. 1079. El Código prevé una extensión de la legitimación activa en lo que se refiere a delitos contra la propiedad. Así el 1095 la otorga al dueño de la cosa, al que tuviese derecho a la posesión o la simple posesión, al locatario, comodatario y depositario, y hasta al acreedor hipotecario aún contra el dueño de la cosa si fue el autor del daño. El artículo 1110 prevé la legitimación activa en el caso de actos ilícitos contra la propiedad al dueño o poseedor, sus herederos, al usufructuario y al

usuario. Se plantea aquí el mismo problema que con los artículos 1084 y 1085 respecto de los legitimados activos en caso de delitos contra las personas. Tal como se observó respecto de tales normas, el elenco de legitimados que contienen las mismas no debe entenderse taxativa, sino meramente enunciativa, ya que siempre se puede recurrir a la amplitud del art. 1079 ya referido. Ello por cuanto más allá de la extinción de las obligaciones contractuales —de acuerdo al art. 888 y 1521 y 1604 inc. 3 en cuanto a la locación específicamente—, por la vía del citado artículo se puede reclamar al tercero el lucro cesante por las ventajas perdidas ante la extinción del contrato. Al respecto la jurisprudencia nacional es copiosa en el reconocimiento de indemnización a los locatarios contra el ente público expropiante por los perjuicios que acarrea la extinción de su derecho creditorio consecuencia de la expropiación (110).

b3) Lesión inmediata al derecho de crédito por actos de un tercero

Dentro de esta hipótesis se incluyen los actos del tercero cuya ilicitud radica en el menoscabo ocasionado al derecho de crédito sin que esto sea consecuencia de la conculcación de otro bien jurídico — como la persona o la propiedad del deudor—, sino que el acreedor es el damnificado directo. Aparicio establece un primer grupo de actos en los cuales se dispone del crédito ilegítimamente por un tercero afectando la posición jurídica del acreedor. Así ocurre cuando se paga a quien está en posesión del crédito y que no es el acreedor, a pesar de lo cual el pago tiene eficacia liberatoria para el deudor, quedando el acreedor sin satisfacer su interés. Así lo reconoce el artículo 732 que regla: "El pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda". Estar en "posesión del crédito" importa gozar pacíficamente de la calidad de acreedor, se trata del acreedor putativo o aparente. Se brinda como ejemplo de esta norma general el pago de un crédito de la sucesión que hiciera el deudor de buena fe a un heredero aparente, en cuyo caso los verdaderos herederos tendrán derecho a reclamar a este último lo recibido de acuerdo al

enriquecimiento sin causa si fuera de buena fe y la indemnización integral de daños y perjuicios si fue de mala fe, de acuerdo a la normativa del artículo 3430. Es este último supuesto, el de mala fe del acreedor aparente, un típico caso de responsabilidad aquiliana que cabe encuadrar como lesión al crédito (111). Otro ámbito de aplicación de este tipo de responsabilidad es el de los títulos de crédito. Aquí el verdadero acreedor deberá acreditar la culpa o dolo de quien cobra o transmite indebidamente el crédito. Otro caso es el del cedente de un crédito que antes de que la cesión fuese notificada o aceptada por el deudor reclamare y obtuviere de éste el pago de la deuda, sin embargo se ha observado acertadamente que este último supuesto hace operar la responsabilidad contractual del cedente frente al cesionario de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2102 (112).

Un segundo grupo de hipótesis se da cuando el tercero actúa en colusión con el deudor para producir la lesión al derecho de crédito del acreedor, se trata de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento. En estos casos se da la responsabilidad contractual del deudor y la extracontractual del tercero cómplice que no mantiene ningún vínculo obligacional con el acreedor por infringir el deber del "neminem laedere". Ambos responsables tienen la misma obligación de reparar el daño causado pero por causas distintas, por lo que se trata de obligaciones concurrentes o "in solidum". En cuanto a la forma en que se puede manifestar la participación dolosa del tercero, Aparicio distingue que puede ser por una actividad material o a través de un negocio jurídico celebrado con el deudor en perjuicio del acreedor. En el primer caso pueden presentarse dificultades en cuanto al nexo de causalidad adecuado entre la conducta del tercero y el incumplimiento del deudor, como en el supuesto de quien induce a un trabajador a no cumplir su prestación laboral ya que la decisión libre y voluntaria del empleado —si bien inducida— importa un "corte" en el nexo de causalidad. Además se ha dicho que la actividad del tercero debe ser ilícito, no incurriendo en responsabilidad el gremio que convoca a una huelga legítima, con lo que estaría ejerciendo un derecho constitucional (113). En cuanto a las hipótesis en las que la lesión proviene de un contrato del tercero con el deudor, se reconoce

en dicha actividad un acuerdo fraudulento, ya que se conviene a fin de perjudicar al acreedor. El Código Civil prevé dos supuestos expresamente en los artículos 592 y 594, donde se da como presupuesto de la responsabilidad la existencia de mala fe del tercero que recibe la propiedad de una cosa mueble o inmueble que había sido comprometida con anterioridad a otro en la misma calidad, lo que ratifica la presencia de una actividad fraudulenta y colusoria con el deudor. Si bien el origen de estos preceptos es el instituto del "ius ad rem" canonista, la doctrina en general entiende que se trata de una acción de derecho personal y no real. Se está en presencia de una acción por responsabilidad extracontractual cuyo factor de atribución es el dolo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1072. Esto no obsta a que el acreedor perjudicado pueda reclamar la devolución de la cosa privada en virtud del artículo 1083. Apreciamos en este caso que la antijuridicidad se da solamente si existiera dolo, es decir que no habría acto ilícito en caso de que el tercero actuare con culpa, con lo cual el dolo pasa a ser en estos supuestos no sólo factor de atribución sino también configurativo de la antijuridicidad. Esta conclusión conduce a disolver la monolítica estructura de la responsabilidad entendida como la agregación de los cuatro elementos tradicionales: antijuridicidad, daño, factor de atribución y causalidad. Existen ejemplos de responsabilidad sin antijuridicidad —responsabilidad por acto lícito— y otros como los mencionados donde la antijuridicidad no se presenta como la objetiva violación al orden jurídico, sino que la violación debe cargar con el elemento intencional de dolo. Parecería que ante estos ejemplos adquiere plena vigencia la explicación sostenida por De Lorenzo en el punto anterior en cuanto a que la responsabilidad resulta de un cuidadoso análisis comparativo de los intereses en pugna y que la antijuridicidad es genérica como violación del "neminem laedere". A la luz de esta interpretación resulta entendible que hay daño al acreedor tanto en la hipótesis de que el tercero contratante con el deudor actúe con culpa o dolo, pero sólo habrá acogimiento de la pretensión —como resultado de ese análisis comparativo de los intereses en pugna— en el caso de dolo. Una aplicación concreta de esta hipótesis la constituye el fallo "Demibell S.A. c/ Deville S.R.L." de la Cámara Nacional Federal Civil y

Comercial (114). Los hechos consistieron en la demanda que por daños y perjuicios promovió una empresa fabricante de ropa interior femenina contra una competidora por contratar a una modelo publicitaria que mantenía un contrato con la actora con cláusula de exclusividad. La pretensión —acogida en primera instancia— fue rechazada por la Cámara, entre otros argumentos por cuanto no se acreditó que la demandada tuviera conocimiento de la vigencia del contrato con cláusula de exclusividad, es decir que no hubo dolo o intención de dañar al primer contratante y que por tal motivo no existió competencia desleal sino publicidad lícita. Sí fue encontrada responsable la modelo —en una causa anterior—, pero en su caso se trató de una responsabilidad contractual por el incumplimiento de su primer contrato. Finalmente habremos de decir que otros ejemplos de esta actividad colusoria del tercero con el deudor se presentan en el incumplimiento de la obligación impuesta por un pacto de preferencia o de no enajenar la cosa a una persona determinada (art. 1364) cuando ésta la adquiere de mala fe (115).

Otra tercera especie de casos se da cuando el acto del tercero impide la efectividad del derecho de crédito. Esto acontece cuando el tercero destruye el documento donde costa la deuda o desapodera de él al acreedor, quien no puede hacerlo valer sin el referido instrumento. Otros supuestos brindados son los de responsabilidad del estado por informes erróneos del registro de propiedad que pueden frustrar la anotación de una medida cautelar o que por no registrar la misma posibilita la transferencia de un bien. Aquí se lesiona el derecho del acreedor de hacer efectivo su crédito, para lo cual deberá acreditar que el deudor no tenía otros bienes a agregar patrimonialmente o que fue declarado insolvente (116). Cabe incluir también en este grupo a los actos legislativos del estado —y se trataría de responsabilidad por actividad lícita— que alteran el derecho de crédito, por ejemplo como aconteció con el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 36/90 del 3/1/90 que dispuso que las entidades financieras cancelaran sus obligaciones en australes derivadas de operaciones denominadas de "depósito a plazo fijo" mediante la entrega de bonos externos (BONEX serie 1989). Se trata de una

modificación de los términos del contrato entre la entidad financiera y el depositante por el acto de un tercero —el Estado— que impuso una dación en pago, ajena a los términos contractuales pactados originariamente, con perjuicio para el depositante. Y hasta los acreedores del depositante podrían obtener resarcimiento del estado, en la medida en que el deudor oponga una defensa exitosa —basada en el acto estatal— al reclamo que aquellos le efectuaran (117).

6) Conclusiones

Como síntesis de este trabajo podemos indicar las siguientes conclusiones a la luz de los distintos puntos analizados:

1) El principio de la relatividad contractual consagrado en los artículos 1195 y 1199 del Código Civil, importa sólo una regla parcial del instituto jurídico obligacional, ya que emana del análisis de un elemento de la obligación —el débito— y del enfoque desde el sujeto pasivo de la misma —el deudor—. Un análisis integral del fenómeno obligacional conlleva a incorporar al elemento responsabilidad como consecuencia del incumplimiento del deudor, de interés fundamental para el sujeto activo —acreedor—, lo que importa la extensión de los efectos del contrato a terceros, en la medida en que éstos puedan afectar la garantía del acreedor por violación del principio "alterum non laedere" básicamente establecido en el artículo 1109.

2) El deber general de abstención que se impone a los integrantes de la comunidad no es distintivo de los derechos reales, sino que es especificación del deber general de respeto a la esfera jurídica ajena y como tal rige respecto de los derechos personales. La diferencia radica en que en la realidad concreta los casos de interferencia de terceros en la esfera jurídica ajena son menores en los derechos de crédito que en los reales, por cuanto aquí basta con la turbación del pleno ejercicio del poder que sobre la cosa tiene el titular, mientras que en aquéllos la interferencia debe afectar la actividad del deudor e impedir así que éste cumpla la prestación en favor del acreedor.

3) Corresponde categorizar a la responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito como un instituto jurídico de tutela externa del crédito, por cuanto el mismo amplía la protección del mismo excediendo la estructura interna de la relación contractual.

4) La doctrina y jurisprudencia europeas, en el sistema continental, se han mostrado reacias a admitir de manera genérica una responsabilidad del tercero por lesión al crédito. No obstante ello, en la doctrina se han alegado argumentos que permiten establecer dicha responsabilidad en el plano teórico, mas en la práctica los antecedentes jurisprudenciales se han evidenciado restrictivos alegando motivos de falta de causalidad entre el acto del tercero y el daño al crédito, una interpretación estrecha de la acción aquiliana en cuanto dirigida fundamentalmente a tutelar derechos absolutos, la existencia de otros institutos jurídicos que podrían superponerse con la acción directa con el tercero y hasta la inconveniencia económica que podría generar un aluvión de demandas de damnificados indirectos.

5) En la doctrina nacional existe consenso en que la responsabilidad del tercero por lesión al crédito es una especie de la responsabilidad civil extracontractual, encontrando fundamento legal básico en los artículos 1067, 1068, 1072 y fundamentalmente en los artículos 1079 y 1109 del Código Civil, más allá de su recepción en normas específicas como los artículos 732 y 3430. Por dicha razón, para su procedencia deben reunirse, en principio y sin perjuicio de la salvedad que a continuación se efectúa, los presupuestos de dicha responsabilidad: antijuridicidad, daño, factor de atribución y causalidad adecuada. Con relación a la antijuridicidad cabe aclarar que la misma no es un requisito "sine qua non" de la responsabilidad civil, siendo ejemplos de esta aseveración la den ominada responsabilidad por actividad lícita del estado o la generada por daños necesarios. Por lo demás en cuanto al daño, en principio todo daño es injusto en virtud del principio "alterum non laedere" del artículo 1109, ya sea que se afecte un derecho subjetivo, un interés legítimo o un mero interés de hecho. La selección de los intereses merecedores de tutela jurídica

resulta de un análisis comparativo de los motivos —habría que reiterar nuevamente aquí intereses— de las partes en pugna, de quien ha sido damnificado y de quien ha causado el daño, extendiéndose no sólo a preceptos normativos sino también axiológicos, éticos y hasta socioeconómicos —como ocurre, por ejemplo, con la defensa de la competencia—. En esta conceptualización de daño injusto y como tal merecedor de protección jurídica, no existen razones para excluir "a priori" al derecho de crédito de tutela aquiliana.

6) Finalmente, es de destacar que los supuestos entre los que se pueden clasificar las distintas hipótesis de lesión al crédito comprenden: la lesión mediata al crédito por afección a la persona del deudor; la lesión mediata al crédito por afección al derecho de propiedad del deudor sobre la cosa objeto de la prestación; y la lesión inmediata al crédito por afección de la posición jurídica del acreedor, por instigación o colusión con el deudor para que éste no cumpla su prestación, y por actos impeditivos de la efectividad del crédito.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)
(*) Anuario 2003 —F.C.E. —U.N.P.S.J.B. 77.

Bibliografía

- (1) ver DE LORENZO, Miguel Federico: "La protección extracontractual del contrato", en La Ley, 1998—F, 928.
- (2) Conf. APARICIO, Juan Manuel: "Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito", Ed. Plus Ultra, ps. 25/26.
- (3) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 26/27.
- (4) Conf. Aparicio, op. cit., p. 27.
- (5) Conf. Aparicio, op. cit., p. 28.
- (6) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 28/29.
- (7) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 30/31.
- (8) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 31/32.
- (9) Conf. De Lorenzo, op. cit., idem.
- (10) Conf. De Lorenzo, op. cit., idem.

- (11) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 33/34..
- (12) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 34/35. Conf. Aparicio, op. cit., ps. 36/37.
- (13) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 38/39.
- (14) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 40/41.
- (15) Conf. Aparicio, op. cit., p. 43.
- (16) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 44/45.
- (17) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 45/50.
- (18) Conf. BELLINI, Luigi: "Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Dicembre 1953, ps. 1190/1192.
- (19) Conf. Aparicio, op. cit., p. 53.
- (20) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 55/58.
- (21) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 59/60.
- (22) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 60/63.
- (23) Conf. PALMERO, Juan Carlos: "Tutela jurídica del crédito", Ed. Astrea, p. 13.
- (24) Conf. Palmero, op. cit., p. 22.
- (25) Conf. Palmero, op. cit., ps. 22/23.
- (26) Conf. Palmero, op. cit., ps. 29/32.
- (27) Conf. Palmero, op. cit., ps. 51/53.
- (28) Conf. Palmero, op. cit., ps. 56/58.
- (29) Conf. Palmero, op. cit., ps. 77/83.
- (30) Conf. Palmero, op. cit., ps. 97/149.
- (31) Conf. Palmero, op. cit., ps. 151/207.
- (32) Conf. Bellini, op. cit., p. 1184.
- (33) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1185/1186.
- (34) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1186/1187.
- (35) Conf. Bellini, op. cit., p. 1188.
- (36) Conf. FEDELE, Alfredo: "Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito", Giuffrè Editore, 1954, ps. 14/15.
- (37) Conf. Fedele, op. cit., p. 16.
- (38) Conf. Fedele, op. cit., p. 17.
- (39) Conf. Fedele, op. cit., p. 21.
- (40) Conf. Fedele, op. cit., ps. 25/26.
- (41) Conf. Aparicio, op. cit., p. 67.
- (42) Conf. Aparicio, op. cit., p. 68 y Fedele, op. cit., p. 41.
- (43) Conf. Fedele, op. cit., p. 42.

- (44) Conf. Fedele, op. cit., ps. 46/47.
- (45) Conf. Fedele, op. cit., ps. 48/57 y Aparicio, op. cit., ps. 67/69.
- (46) Conf. Fedele, op. cit., ps. 57/59.
- (47) Conf. Fedele, op. cit., ps. 60/63.
- (48) Conf. Fedele, op. cit., ps. 63/64.
- (49) Conf. Fedele, op. cit., ps. 66/67.
- (50) Conf. Fedele, op. cit., ps. 68/70.
- (51) Conf. Fedele, op. cit., ps. 94/95.
- (52) Conf. Fedele, op. cit., ps. 96/97.
- (53) Conf. Fedele, op. cit., ps. 140/141.
- (54) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1182/1183.
- (55) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1188/1192.
- (56) Conf. Bellini, op. cit., p. 1193.
- (57) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1193/1194.
- (58) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1194/1196.
- (59) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1196/1199.
- (60) Conf. Bellini, op. cit., ps. 1200/1201.
- (61) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 73/74.
- (62) Conf. TRIMARCHI, Pietro: "Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito", *Rivista di Diritto Civile*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, Anno XXIX, N 3, Maggio—Giugno, p. 218.
- (63) Conf. Trimarchi, op. cit., ps. 218/219.
- (64) Conf. Trimarchi, op. cit., ps. 220/222.
- (65) Conf. Trimarchi, op. cit., p. 224.
- (66) Conf. Trimarchi, op. cit., ps. 224/225.
- (67) Conf. Trimarchi, op. cit., p. 225.
- (68) Conf. Trimarchi, op. cit., ps. 228/229.
- (69) Conf. Trimarchi, op. cit., ps. 229/230.
- (70) Conf. Trimarchi, op. cit., ps. 230/233.
- (71) Conf. Trimarchi, op. cit., p. 235.
- (72) Ver en ALTERINI, Atilio A.: "Lesión al crédito y responsabilidad del estado", Ed. Abeledo—Perrot, ps.99/100.
- (73) Conf. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto: "Responsabilidad por daños", Ed. Depalma, p. 111 y sigs.
- (74) Conf. Aparicio, ps. 78/79.

- (75) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 80/81.
- (76) Conf. DE LORENZO, Federico: "El daño injusto en la responsabilidad civil", Ed. Abeledo—Perrot, ps. 14/15.
- (77) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 21/22.
- (78) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 24/26.
- (79) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 27/29.
- (80) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 83/84.
- (81) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 85/86.
- (82) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 93/99.
- (83) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 33/34.
- (84) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 39/43.
- (85) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 47/57.
- (86) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 57/61.
- (87) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", p. 64.
- (88) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 68/72.
- (89) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 76/78.
- (90) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 78/80.
- (91) Conf. De Lorenzo: "El daño injusto...", ps. 81/87.
- (92) Conf. DE LORENZO: "La protección extracontractual.", ps. 932/933.
- (93) Conf. De Lorenzo: "La protección extracontractual...", p. 935.
- (94) Conf. De Lorenzo: "La protección extracontractual...", p. 936.
- (95) Conf. De Lorenzo: "La protección extracontractual ...", p. 938
- (96) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 104/105.
- (97) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 110/111.
- (98) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 116/118.
- (99) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 133/137.
- (100) Conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, T° 2—b, ps. 422/425.
- (101) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 144/146.
- (102) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 147/148.
- (103) Conf. Zavala de González, op. cit., T° 2, ps. 637/638.
- (104) Conf. Zavala de González, op. cit., T° 2, ps. 634/636.
- (106) Ver en ED 173—327/331.
- (107) DE LORENZO: "La protección extracontractual...", ps. 939/940.

- (108) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 152/161.
- (109) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 162/163.
- (110) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 164/172.
- (111) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 176/182.
- (112) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 183/185.
- (113) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 191/195.
- (114) Conf. CNFed. Civ. y Com., Sala I, 13/6/96, La Ley, 1997—B, 67/72.
- (115) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 196/200.
- (116) Conf. Aparicio, op. cit., ps. 200/203.
- (117) Conf. Alterini, op. cit., ps. 119/125.

La antijuridicidad y la responsabilidad por acto lícito

por Aldo Luis De Cunto.

Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/>

Publicado en: Revista Lecciones y ensayos n° 82, 2006, p. 51-105.

[Consultado el: 05/04/2021]

Sumario:

1. Introducción - II. Los elementos de la responsabilidad civil - III. El elemento antijuridicidad - IV. La responsabilidad por acto lícito - V. La responsabilidad en supuestos de "Aparente Acto Lícito" - VI. La responsabilidad por acto involuntario y por acto lícito - VII. Daño justo causado por acto lícito - VIII. Daño injusto causado por acto lícito - IX. Conclusiones

I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad indagar acerca de la manifestación del elemento antijuridicidad en los supuestos de la denominada responsabilidad por acto lícito. Con la expresión "acto lícito" estamos haciendo referencia a un acto que es acorde con el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, lícito es lo contrario a antijurídico, ya que es antijurídico cualquier acto contrario al orden jurídico (1). Como se puede apreciar, la mera denominación de responsabilidad por acto lícito resulta contradictoria con la existencia del elemento antijuridicidad, por cuanto si se trata de un acto lícito no puede ser antijurídico a la vez. El tema ha sido tratado enjundiosamente por cierta doctrina a la que hemos de referirnos a lo largo de este opúsculo. Lo cierto es que si partimos de considerar que "lo lícito" es incompatible con "lo antijurídico", vislumbramos dos conclusiones excluyentes entre sí. La primera radica en que si se reconoce que es posible la existencia de responsabilidad por acto

lícito, entonces se habrá de colegir que la antijuridicidad no es un elemento o requisito necesario de la responsabilidad por daños. La segunda, contraria a la anterior, consiste en considerar que en la responsabilidad por acto lícito está presente el elemento antijuridicidad, que el mismo es un requisito de la responsabilidad por daños y por lo tanto no existe "tal" licitud. Ahora bien, si nos quedamos con esta última conclusión como válida, no habría motivo alguno para distinguir la responsabilidad por acto lícito de la responsabilidad por acto ilícito. Sin embargo, esto no es así. Existe algún elemento diferenciador en los supuestos de responsabilidad por acto lícito que motiva dicha denominación autónoma, así como un tratamiento conceptual diverso. Reiteramos, pues, que nos proponemos examinar la presencia de "lo antijurídico" en la responsabilidad por acto lícito, lo que nos conducirá a distinguir ciertos supuestos de actos lícitos por los que se debe responder, de otros actos lícitos que no generan responsabilidad alguna, así como a diferenciar dicha responsabilidad de la generada por actos "aparentemente" lícitos.

II. Los elementos de la responsabilidad civil

Si como dijéramos en el apartado anterior, el tema de la responsabilidad por acto lícito pone en "crisis" la consideración de la antijuridicidad como elemento necesario de la responsabilidad por daños, nos parece conveniente dedicar algunos párrafos a tales elementos. La obra de Vázquez Ferreyra a la que ya hemos citado y que seguiremos en muchas de nuestras consideraciones, consiste justamente en un análisis exhaustivo de los elementos de la responsabilidad por daños. En ella el autor comienza por considerar la antijuridicidad como el primer presupuesto de la responsabilidad, o de la reparación, ya que como el mismo expresa, en el derecho privado, responder implica reparar, por cuanto no se trata de imponer una sanción al que ocasiona el daño, sino de indemnizar a quien lo experimenta (2). Los elementos enumerados por este jurista son cuatro: antijuridicidad, daño, factor de atribución y causalidad (3).

Algunos autores anteponen a la antijuridicidad la acción o conducta humana como elemento de la responsabilidad, es decir, la amaría. Al respecto, Bueres entiende que no cabe distinguir entre hecho humano y acto: sino que los hechos son naturales o humanos y estos últimos son siempre actos, con prescindencia de la voluntariedad o no de los mismos, ya que basta para que exista zutoría o acción que el comportamiento humano refleje la personalidad del sujeto (4). Lo expuesto tiene su importancia va que Si se considera que sólo los actos voluntarios pueden ser considerados como tales, se excluiría de plano a los actos involuntarios de la teoría general de la responsabilidad, ya que ni siquiera existiría autoría. Sin embargo, siguiendo siempre a Bueres, diremos que los actos pueden ser voluntarios e involuntarios y como veremos tanto unos como otros son susceptibles de ser calificados como lícitos o ilícitos, es decir que podemos estar en presencia de un acto involuntario antijurídico, como el cometido por un demente o un menor de diez años, o los actos instintivos y habituales (5). En cambio, no existiría zutoría en los actos reflejos, los realizados en estado de inconsciencia total o producto de una fuerza irresistible — v.gr. art. 9364 CCiv.— (6). Sin embargo, bien dice Vázquez Ferreyra que el problema de la autoría en todo caso se subsume en el elemento causalidad (7), ya que si aquélla estuviera ausente, no habría nexo causal, por cuanto estaríamos en presencia de un caso fortuito o del hecho de un tercero (8). En definitiva, hemos hecho referencia a la postura que considera como elemento de la responsabilidad a la autoría para remarcar que la misma involucra a los actos involuntarios, por lo cual éstos son susceptibles de ser antijurídicos y de ocasionar un daño —relación de causalidad—, por lo que lejos de estar excluidos de la teoría de la responsabilidad, la integran, sin perjuicio de señalar, como haremos más adelante, la diferencia entre la responsabilidad por actos involuntarios y por actos lícitos.

Efectuada la aclaración anterior, pasemos ahora sí a la antijuridicidad, de la que haremos una breve referencia conceptual, ya que será objeto de análisis más profundizado en los capítulos siguientes. Sólo diremos que la antijuridicidad importa toda

contradicción con el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad y no en relación a sectores normativos especializados (9). De esto se deduce que no existe el ilícito constitucional, el civil, el penal, el administrativo, sino que el fenómeno de la ilicitud es único, referido a su disconformidad con todo el ordenamiento jurídico. En cuanto a qué integra dicho ordenamiento. Vázquez Ferreyra otorga una idea sumamente amplia, ya que según este autor comprende "las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural" (10).

El segundo presupuesto que consideraremos es el daño. El mismo consiste en toda lesión a un interés jurídico, el cual es a su vez todo interés humano cuya legitimidad amerita la protección y tutela del ordenamiento jurídico, y que por su naturaleza sólo puede ser de índole patrimonial o espiritual: este último también denominado extrapatrimonial para excluir los reparos de carácter filosófico que pueda generar el término espiritual. De allí que de acuerdo al tipo de interés que se afecte, el daño puede ser patrimonial o moral (11).

El tercer elemento es el factor de atribución, esto es, el fundamento, el motivo, la razón por la cual se debe "responder", se debe reparar el daño ocasionado (12). También aquí sólo nos limitaremos a señalar que existen factores de atribución subjetivos — culpa y dolo— y objetivos, los que no son taxativos en cuanto a su enumeración. La importancia de los factores de atribución radica no sólo en que nos permiten conocer por qué se debe reparar el daño, sino también quién debe hacerlo, ya que en el caso de los factores objetivos, dicha obligación se extiende a personas distintas al que ocasionó o contribuyó a ocasionar el daño con su conducta negligente o dolosa.

Por último, diremos que la causalidad o nexo causal es la relación de causa-efecto que existe entre un hecho antecedente — ocasionado por una persona o cosa— y un resultado que es el daño (13). De allí su íntima vinculación con la autoría, ya que establecido el nexo causal, el daño puede ser atribuido a una persona o cosa; en este

último caso responderá quien ostente una especial relación con la cosa —en el art. 1113. CCív., lo es el dueño o guardián—. Claro está que un mismo resultado puede tener numerosas causas o estrictamente hablando "concausas". En dicha hipótesis importará la relevancia jurídica de cada una de éstas. Así, por ejemplo, el chofer de colectivo que atropella a un transeúnte porque se encontraba distraído en cuanto a las contingencias del tránsito debido a su estado emocional puesto que el día anterior su mujer se había marchado con su amante, no puede pretender que la responsabilidad sea atribuible a estos últimos. Posiblemente, si no hubiera sido abandonado por su cónyuge, dicha mañana habría estado atento y evitado el accidente. Sin embargo, no es jurídicamente relevante, si bien podría serlo desde una óptica psicológica, el hecho del abandono conyugal como causa del daño causado al transeúnte. De allí que la causa deba predicarse como adecuada para ser tenida como tal. Distinta sería la situación si el accidente se originara en la maniobra desaprensiva de otro conductor de la cual derivó la del chofer, en cuyo caso habrá que examinar si el primer hecho fue totalmente determinante como para interrumpir el nexo causal entre el daño y la última maniobra, en cuyo caso no habría existido autovía por parte de quien la ejecutó, o si sólo fue una concausa parcial.

III. El elemento antijuridicidad

Dijimos en el apartado precedente que la antijuridicidad consiste en toda contradicción con el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. Existe consenso en la doctrina en que la antijuridicidad es de carácter unitario, esto es, que no existen distintas antijuridicidades, cada una correspondiente a cada rama o sector del derecho, sino que lo que es antijurídico lo es para todo el derecho (14). Esto significa que lo que es antijurídico o ilícito para el derecho civil, también lo es para el penal, el constitucional o el administrativo. Eso que reputamos como antijurídico usualmente es una acción o conducta —en el campo de la responsabilidad civil, podrá ser un incumplimiento contractual o un acto ilícito independientemente de toda relación obligacional, es decir, de carácter extracontractual—.

Pero cabe recordar que es antijurídica toda contradicción con el ordenamiento jurídico y no solamente las acciones contradictorias con el mismo. Nos explicamos. Pueden existir contradicciones al ordenamiento jurídico que no consistan en actos de las personas, sino en situaciones o estados personales. Y esas situaciones generalmente son consecuencia de actos. No abundaremos en este tema para analizarlo con más profundidad en el capítulo siguiente. Sólo agregaremos —una vez más— que la antijuridicidad debe ser entendida como toda contradicción con el ordenamiento jurídico que puede manifestarse en cualquier ámbito de la realidad humana, esto es, una conducta o un estado o situación que experimenta un ser humano. Así, dice Tale (15) que en la vida de los hombres se presentan realidades jurídicas distintas a las conductas, se trata de "situaciones" o "estados de cosas" antijurídicos, y tales realidades deben ser corregidas para que sean "conformes" a derecho, para que dejen de ser antijurídicas (16) Y dichas situaciones son antijurídicas en tanto importan que una persona deba soportar o tolerar una disminución de sus derechos —de propiedad, de ejercer industria lícita, de trabajar, etc.— sin que exista motivo o razón alguna atribuible a la misma que fundamente dicha limitación de sus derechos. La consideración de este aspecto de la antijuridicidad como una característica que no sólo pueda predicarse de las conductas o actos, sino también de situaciones o estados personales, reviste particular trascendencia en el campo del derecho civil, ya que no existe responsabilidad civil sin daño: vale decir que el derecho civil no se ocupa de los actos antijurídicos que no generen daño alguno, que no ocasionen una situación antijurídica --en eso consiste el padecimiento de un daño sin estar obligado a soportarlo— (17). En cambio, sí lo hace el derecho penal, que sanciona conductas, antijurídicas por cierto, sin que causen un daño concreto a nadie --v. gr., tentativas, tenencia de armas de guerra—, por lo cual no se derivaría de ellas responsabilidad civil. Es decir que, en derecho penal, la MOGI conducta antijurídica puede generar responsabilidad sin que la misma ocasione una situación antijurídica o injusta (18). Nos detendremos aquí para volver sobre estos temas al tratar de la responsabilidad por acto lícito.

Otro carácter que reviste la antijuridicidad es la objetividad. Sobre ello también existe, consenso mayoritario en la doctrina (19). La objetividad de la antijuridicidad implica que la disconformidad que la misma importa respecto del ordenamiento jurídico es independiente de la situación de quien comete la acción o, en términos de, responsabilidad civil, de quien causa el daño. Es decir que la antijuridicidad se diferencia completamente de la culpabilidad, en la posibilidad de imputar el acto al autor en razón de haber mediado culpa o dolo. No interesa que no se haya querido dañar, ni que, se tomaran las precauciones del caso o, más aún, que no se comprendiera la ilicitud de la conducta realizada dementes, menores de diez años—. La ausencia de tales elementos no quita al acto la condición de antijurídico, la que se da por la mera disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto a la caracterización de la antijuridicidad, debe recordarse que, por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional, toda prohibición legal debe ser expresa (20), por lo que para que pueda reputarse un acto como ilícito, el mismo debe estar expresamente prohibido (coa. art. 1066. CCiv.). Ahora bien, en el derecho civil dicha prohibición no tiene por qué predeterminar el ilícito, como ocurre en derecho penal en virtud del presupuesto de la tipicidad. Basta con que la prohibición sea expresa, mas puede ser genérica por la mera referencia al principio *alterum non laedere*, que se deriva de la concordancia de los arts. 1066 y 1109. CCiv. Y dentro del campo civil, cabe manifestar que en materia extracontractual la antijuridicidad se manifiesta por la violación directa del orden jurídico, mientras que en el área contractual se viola, en primer lugar, la norma individual que surge del contrato (conf. art. 1197. CCiv.) y, en forma mediata, el orden jurídico que le otorga fuerza vinculante al pacto privado (21).

IV. La responsabilidad por acto lícito

La denominada responsabilidad por acto lícito nos plantea una cuestión de debate doctrinario en torno al elemento antijuridicidad. En principio, diremos que existe consenso mayoritario en considerar

que los actos lícitos pueden dar lugar a que se responda por ellos: en términos del derecho civil, a que se repare el daño causado al ejecutarse tales actos. Sobre lo que no existe consenso es en entender que el presupuesto de la antijuridicidad está presente en este, especial tipo de responsabilidad. Una primera aproximación al tema parece conducirnos a la conclusión de que si estamos en presencia de actos lícitos, estamos en presencia de actos conformes a derecho, al ordenamiento jurídico. Y si hemos conceptualizado a la antijuridicidad como aquello que contradice el ordenamiento jurídico, debe descartarse que el acto sea antijurídico, porque no puede ser lícito e ilícito a la vez. Como nos hallamos dentro del ámbito del derecho civil, debemos recordar que estamos hablando de actos dañosos, es decir, susceptibles de generar responsabilidad civil, por lo tanto no debemos olvidar que la alusión a actos lícitos se circunscribe a los actos lícitos dañosos, aquellos que generan una lesión a un interés humano. Para una mejor comprensión del tema, pasaremos revista a algunas opiniones doctrinarias que consideramos relevantes en este asunto.

Orgaz parte del principio general establecido por el art. 1109 del Código Civil de que toda acción u omisión que causa un daño a otro es ilícita, y que por excepción la ley “justifica” dichos actos dañosos, los que en consecuencia son considerados lícitos (22). Es decir que los actos lícitos dañosos, que son los que nos interesan, son una excepción al principio general que deriva la antijuridicidad de la existencia de un daño: sin embargo, el mismo Orgaz se encarga de explicar que en realidad la ilicitud o antijuridicidad es una excepción al principio de la libertad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, de allí que los casos de ilicitud deben resultar de prohibiciones v mandamientos “expresos”, con lo cual los actos lícitos dañosos son excepciones de esta excepción y como significan un -retorno- al principio de la libertad no necesitan ser expresas (23). En cuanto a la existencia del presupuesto antijurídico en caso de que deba responderse por daños causados mediando una causal de justificación, ninguna duda cabe por lo expuesto precedentemente que para Orgaz no existe ilicitud en el acto y tampoco considera que pueda hallarse en

la consecuencia del acto, esto es, en el daño, ya que es de la opinión de que si el acto es lícito también ha de ser su consecuencia (24). Sin embargo, si bien con esta opinión se muestra partidario de no "separar" el acto de sus consecuencias, al tratar el tema del estado de necesidad, dice, parafraseando a Savatier, que "la necesidad justifica el acto de intromisión en bienes ajenos, pero no justifica lo que no tiene nada de necesario, esto es, el desplazamiento de la incidencia definitiva de ese daño" (25). Ahora bien, la incidencia definitiva del daño es una consecuencia del acto necesario y si no es justificable cabe suponer que no es arreglado a derecho que el tercero víctima padezca el daño, por lo que tácitamente se está aceptando que un acto lícito puede originar un resultado ilícito.

Bustamante Alsina trata la justificación del hecho, del acto, como una hipótesis de justificación del daño, incurriendo desde mi punto de vista en ciertas contradicciones, al menos terminológicas (26). Así, entiende que el daño está justificado en el sentido de que no debe repararse en los casos de inimputabilidad e inculpabilidad —con lo cual introduce el elemento subjetivo en la antijuridicidad—, de incausalidad —con lo que penetra en otro presupuesto de la responsabilidad, que es el nexo causal— y cuando el hecho esté justificado. Esto último puede ser por la ley o por consentimiento del damnificado, incluyendo en el primer caso entre otros supuestos al estado de necesidad. Y al tratarlo manifiesta que el daño causado en estado de necesidad queda legitimado, pero que ello no justifica que quien lo cause no deba contribuir a soportarlo, ya que lo contrario atentaría contra "la equidad y el simple buen sentido" (27). Ahora bien, si el daño está legitimado importa que es lícito al igual que el acto necesario, mas su falta de reparación pareciera que es antijurídica, con lo cual nos interrogamos: si se considera ilógico distinguir entre el acto y el daño —su resultado—, argumentándose que si el primero es lícito el segundo también debe serlo, ¿no infringe aún más las reglas de la lógica distinguir entre el daño y su reparación, manifestándose que el daño está justificado pero no su falta de reparación? Entendemos que si la falta de reparación es ilícita, lo es porque es antijurídico o injusto el daño.

Mosset Iturraspe, al tratar el tema del estado de necesidad, entiende que constituye un típico caso de responsabilidad sin antijuridicidad, supuesto que también percibe en el caso de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos (28), por lo que estima que existe una excepción a la presencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad. Zavala de González brinda argumentos muy sólidos por los cuales considera que no puede predicarse la licitud del hecho o del acto y la ilicitud de su consecuencia. Al tratar el tema del estado de necesidad como causal de justificación (29), entiende que la reparación del daño necesario no se puede fundamentar en la separación del acto y del daño que causa. Arguye, siguiendo a Orgaz, que contraría toda lógica distinguir entre el acto y su consecuencia, ya que ambos constituyen una unidad inescindible, por ello sólo puede hablarse de daño "justo" o "injusto", "lícito" o "ilícito" por extensión de dicho carácter del acto que lo causa. De allí que pueda existir daño resarcible sin ilicitud, pero no puede haber daño resarcible lícito o ilícito en sí mismo. Concretamente, respecto del estado de necesidad, argumenta que la ley autoriza a causar un mal, vale decir, un daño, sin el cual la justificación carecería de, sentido (30). Por último, enuncia una argumentación que parece casi irrefutable. Distinguir entre acto y daño para caracterizar al primero de lícito y al segundo de ilícito importaría contradecir el principio de unidad del concepto de antijuridicidad, ya que, por ejemplo, lo que sería lícito para el derecho penal —el acto necesario—, no lo sería para el derecho civil, conclusión errónea a la que se arriba por calibrar la antijuridicidad en función de la sola justicia o injusticia de la lesión para el damnificado y no de su amplia y objetiva confrontación con todo el ordenamiento jurídico (31). Coherente con su pensamiento, la autora cordobesa considera que en el derecho civil argentino actual el daño necesario es irresarcible y que debería disponerse una excepción legal, estableciéndose la reparación de dicho daño, lo que importaría una excepción al presupuesto de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad (32). En definitiva, Zavala de González se muestra acérrima defensora de la postura de la unidad entre acto y consecuencia —daño—, considerando que no puede existir acto lícito y daño ilícito o injusto,

por lo que los casos de responsabilidad por acto lícito son una excepción a la teoría general de la misma e importan supuestos de responsabilidad sin antijuridicidad.

En una posición diversa, en el sentido de que admite la distinción entre acto y daño, se ubica Bueres. Este jurista (33) entiende que en la responsabilidad civil el meollo de la antijuridicidad se da en el daño, destacando que si bien no existe daño ilícito o antijurídico, sino sólo conductas antijurídicas, sí existe daño injusto, en cuyo caso, a pesar de provenir de un acto lícito, debe resarcirse. Y siempre que se exija la reparación de un daño, éste debe ser reputado como injusto. De lo contrario, en caso de estar frente a un daño justo, nos enfrentamos a un "derecho a dañar" (*droit de nuire*). En la misma posición se ubican Agoglia, Boragina y Meza (34). Dichos autores expresan que en la reparación de daños causados a damnificados por actos lícitos, se advierte que la lesión perpetrada puede ser injusta, no porque fuera injustamente causada —ya que el acto lesivo es lícito—, sino porque es incompatible con la idea de justicia que las consecuencias derivadas de tal proceder queden en cabeza del lesionado. Del mismo tenor son las consideraciones que efectúa Huberman (35). Este autor considera que el problema de la responsabilidad civil debe ser enfocado desde el punto de vista de la víctima y no del autor del hecho, de allí que haya que partir del daño hacia el autor y no a la inversa, por lo que la antijuridicidad puede encontrarse, en el daño mismo, en el resultado del hecho o incluso en un segmento posterior, es decir, en la situación en la que queda la víctima. Así, el juez puede valorar como "ilícito" que nadie distinto al titular del bien dañado repare lo ocasionado.

Esta última idea esgrimida por Huberman nos acerca a la concepción que plantea Tale y que, según consideramos, es completada por Vázquez Ferreyra. Tale, en su trabajo que ya citáramos (36), considera que la antijuridicidad es una calidad que se puede atribuir a una conducta y a una situación (37). Cuando se refiere a "situación antijurídica" brinda ejemplos como el del propietario expropiado sin que se le oble la correspondiente indemnización. Y

agrega que la situación antijurídica tiene una prioridad lógica, mientras que la conducta antijurídica tiene un carácter derivado: de allí que la situación antijurídica "transmita" la antijuridicidad a la conducta o acto. Como corolario de su razonamiento enuncia que en derecho civil no todo aquel que es responsable lo es por haber obrado antijurídicamente, pero sí lo es para corregir una situación antijurídica. Mientras que en derecho penal, la antijuridicidad debe estar siempre presente en la conducta. Vázquez Ferreyra, apoyándose en los conceptos que aduce Tale, los completa y a nuestro entender perfecciona (38). El autor rosarino revela que en materia de responsabilidad civil la mera conducta aislada resulta intrascendente, por lo que debe localizarse, más que la conducta, el conjunto de ésta con su resultado, y con el daño que provoca. De allí que la antijuridicidad debe predicarse de ese conjunto: Vázquez Ferreyra habla de "factum" dañoso. Es así que a veces la antijuridicidad radicará en la conducta y por ende su resultado también lo será. Otras, el acto es ajustado a derecho pero la situación resultante no lo es. Este argumento es lo que permite a este autor fundamentar que, en la responsabilidad por acto lícito existe antijuridicidad, lo que ocurre es que ésta se ubica no en la conducta sino en su resultado, en la situación que de ella deriva.

Efectuada esta reseña de opiniones doctrinarias, a la hora de hacer un balance de las mismas consideramos que en la responsabilidad por acto lícito existe el presupuesto antijuridicidad, por lo que no se altera la teoría general de la responsabilidad civil en cuanto a este punto. Entendernos que efectivamente cabe hablar de situación antijurídica para referirnos al estado en que permanece la víctima inocente de un daño causado por un acto o conducta lícita mientras dicho daño no le sea resarcido. Como expresáramos más arriba, la antijuridicidad debe ser entendida como toda contradicción con el ordenamiento jurídico, y dicha contradicción puede, patentizarse tanto en una acción como en una situación. Ahora bien, lo dicho merece ciertas precisiones. Tale incurre, a nuestro modo de enfocar el tema, en ciertas conclusiones erróneas. Dicho autor otorga primacía lógica a la situación antijurídica frente al acto ilícito, por lo cual se infiere que si el resultado es antijurídico la acción que lo

provoca debe sedo también (39). Por lo tanto, debería considerarse ilícito el acto efectuado en estado de necesidad ya que la situación en la que se sitúa al damnificado es antijurídica. Otro tanto cuadraría señalar de los actos lícitos del Estado y que lo hacen posible de responsabilidad cuando sus efectos importan una situación que contradice el principio de igualdad ante las cargas públicas. Asimismo, aunque no lo dice expresamente, el autor citado permite deducir que existe una antijuridicidad civil y otra penal (40), lo que contradice el carácter unitario del concepto. No se nos escapa que la diferenciación entre acto y situación antijurídica es pasible de críticas sólidas, tal como lo hemos expresado al pasar revista a la postura de Zavala de González, intentaremos hacernos cargo de tales críticas y procurar disiparlas. Dicha autora entiende que no puede separarse el acto de su resultado por conformar ambos una unidad inescindible y porque se atentaría contra el carácter unitario y objetivo de la antijuridicidad (41). Considero que la posición de la jurista cordobesa no termina de explicar la razón por la cual considera que el daño necesario debe ser resarcible y, por ejemplo, por qué no debe serlo el causado por un acto de legítima defensa. A menos que se recurra al concepto de inequidad e injusticia, como ella misma lo hace. En efecto, al explicar los fundamentos de la resarcibilidad del daño necesario, Zavala de González entiende que "es legítimo obligar a soportar el hecho dañoso, pero inequitativo no reparar sus consecuencias", para luego agregar "que la obligada pasividad impuesta al damnificado, quien debe tolerar el mal que se le irroga, no es en sí misma injusta, pero sí lo es negarle la posibilidad de pedir su reparación" (42). Como se puede observar, se califica como injusta e inequitativa a la situación en la que queda el damnificado que no es resarcido. Y al decir injusticia o inequidad, ¿estamos diciendo antijuridicidad? Entiendo que sí. Para ello debe recordarse que la antijuridicidad es toda contradicción con el ordenamiento jurídico, incluyendo éste la ley escrita, las costumbres, así como los principios generales del derecho y las reglas del orden natural, como expresa Vázquez Ferreyra (43). No cabe duda de que la justicia y la equidad integran el ordenamiento jurídico, ya sea como reglas del orden natural o principios jurídicos que emanan del sistema. Pero además, existen supuestos, como el de

la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en los cuales la situación en la que queda un ciudadano o contribuyente es violatoria de una norma constitucional expresa que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 in fine de la Constitución Nacional), por lo que no merece dudas que estaríamos frente a una situación antijurídica y otro tanto cabe decir del damnificado por el agente necesario, cuya situación contraviene el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse a expensas o detrimento de otro (44). Como se ve, estamos frente a situaciones antijurídicas, contrarias a derecho. Distinta es la hipótesis del damnificado por un acto ejecutado en legítima defensa, ya que él fue el agresor ilegítimo y como tal debe soportar las consecuencias que provocó con su conducta, por lo que su situación no resulta ni injusta ni antijurídica. Para resaltar la validez de la distinción entre el acto y su consecuencia, supongamos el disparo de quien en ejercicio de la legítima defensa mata a su agresor y la misma bala —hipótesis fácticamente posible— hiere a un tercero o daña el bien de un tercero. Entendemos que la acción es una, lícita, por mediar una causal de justificación, pero la situación en la que queda el tercero damnificado es distinta a la muerte provocada al agresor. Frente a éste se trata de un daño justo por haberse inferido en legítima defensa, frente al tercero inocente podría tratarse de un caso de estado de necesidad y como tal podría obligarse al agente a abonar una indemnización al tercero en virtud del factor de atribución de la solidaridad social, o podría haber mediado una interrupción del nexo causal por caso fortuito o también estar frente a un homicidio culposo, si el resultado es la muerte del tercero inocente, según se presenten las circunstancias. Creemos que el ejemplo dado es indicativo de que resulta válido diferenciar el acto de su resultado y asignar a éstos distinto carácter en cuanto a su licitud o ilicitud.

Resta por tratar la objeción de Zavala de González en cuanto a que la distinción efectuada contradice el carácter unitario y objetivo de la antijuridicidad. Consideramos que ello no es así. En principio y en cuanto a la unidad del concepto, no pensamos como Tale que la situación antijurídica "transmite" su antijuridicidad al acto, con lo

cual, por ejemplo, el acto necesario seguirá siendo lícito tanto para el derecho penal como para el civil, lo que no quita que la situación en la que permanece el damnificado sea antijurídica, injusta. Lo que ocurre es que dicha situación antijurídica en cuanto a su corrección sólo interesa al derecho civil y no al penal. Es claro que el derecho penal prevé que se cause un mal necesario —está en la esencia de la causa de justificación, como se verá más adelante—, pero una vez producido dicho mal, se desentiende en cuanto a indagar la reparación de la situación, que como tal sólo es aprehendida por el derecho civil. En el caso de la responsabilidad por acto lícito del Estado, no existen dudas de que a la luz del derecho constitucional y administrativo, el Estado está habilitado para, por ejemplo, tomar medidas modificatorias de la política económica, y como tal lícitas, sin perjuicio de reputarse antijurídica la situación de los damnificados que habían celebrado operaciones comerciales antes de dichas medidas, las que se aplican a sus relaciones pendientes y que les generan un daño patrimonial (45). Dicha situación es antijurídica desde el derecho civil, pero también desde el derecho constitucional que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas. Que una misma rama jurídica, el derecho constitucional, juzgue lícita una actividad del Estado e ilícita una situación que aquélla provoca, ¿atenta contra el carácter unitario de la antijuridicidad?

Entendemos que no, porque según hemos expuesto precedentemente es válida la distinción entre el acto y la situación que provoca, por lo que al calibrarse la ilicitud de ambos, una misma rama del ordenamiento las aprehende como realidades autónomas. Lo contrario implicaría considerar que el art. 16 in fine de la Constitución Nacional debe ceder frente al art. 75. Inc. 1º, que atribuye al Congreso la facultad de legislar en materia aduanera —el caso citado se trataba de medidas restrictivas a la importación—, lo que es un despropósito por tratarse de normas constitucionales y por consiguiente de igual jerarquía (46). Por lo tanto, no se contraviene la unidad de la antijuridicidad, ya que no se trata de una misma realidad de la que predica su ilicitud y licitud a la vez, sino de dos realidades

distintas que como tal son "aprehendidas- por el ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto al carácter objetivo de la antijuridicidad, debe recordarse que el mismo importa deslindar el concepto de la situación del agente, de quien ejecuta el acto. Pero en nada contraviene dicho carácter atender a la situación del damnificado, más aún cuando se atribuye el mismo a dicha situación y no al acto que la causa. Por ello una situación antijurídica lo es a la luz del ordenamiento y con relación a la "aprehensión"- objetiva que dicho ordenamiento realiza respecto de la víctima del hecho dañoso. La situación del tercero damnificado por el daño necesario siempre será "injusta", "antijurídica", para el ordenamiento, ya que es ajeno al acto que le provocó el perjuicio. La situación del agresor damnificado por un acto de legítima defensa siempre será "aprehendida" como "justa" por el orden jurídico, ya que él originó el acto que lo perjudica. Como se ve, se trata de una "aprehensión-objetiva de la situación que ocupa la víctima respecto del hecho que la daña, a la luz de las normas del ordenamiento y no de introducir un elemento subjetivo para apreciar la antijuridicidad de la situación analizada, como, por ejemplo, si se atendiera a que si la víctima CM Un menor o un demente. En definitiva, como conclusión de este apartado podemos expresar que en la responsabilidad por acto lícito existe antijuridicidad, la que se evidencia en la situación en la que permanece el damnificado, la cual "exige", axiológicamente, su corrección o reparación. Y dicha antijuridicidad es de carácter unitario, es decir que una situación no puede ser lícita e ilícita a la vez para el ordenamiento, y objetivo, por cuanto la misma se aprecia a la luz de tal ordenamiento por la relación establecida entre el damnificado y el hecho que lo daña, y no por características de orden interno, subjetivo de la víctima.

V. La responsabilidad en supuestos de "Aparente Acto Lícito"

En este apartado pretendemos analizar aquellos supuestos de responsabilidad que en una primera aproximación podrían aparecer

como provenientes de actos lícitos, pero que, en verdad, no lo son, adelantando desde ya nuestra opinión de que se trata de casos de ilicitud. De allí que nos pareció apropiado englobados como hipótesis de responsabilidad por "aparente acto lícito", si bien esta terminología carece de tradición y desarrollo doctrinario.

El primer supuesto que consideramos en este lote de "especies" de responsabilidad es el de la responsabilidad por riesgo. Hablamos de riesgo "a secas" y no de "riesgo de la cosa", porque los supuestos que encontramos en este grupo exceden los de daños causados con cosas, existiendo consenso doctrinario en incluir —por ejemplo— a la responsabilidad por actividades riesgosas (47). No cabe duda, en la actualidad, de que la responsabilidad por riesgo no implica responsabilidad proveniente de conducta lícita, pero algunas disquisiciones al respecto llevaron a que ciertos autores así lo entendieran. Así, por ejemplo, Pizarro, quien revirtió su postura, interpretaba que la responsabilidad del dueño o guardián por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa lo era por actos lícitos, ya que partía de la noción de licitud presente en la utilización de tal cosa riesgosa —automotor—o en el ejercicio de una actividad riesgosa —industria—, aunque de ella pudieran provenir daños a terceros (48). Admite luego, según cita que efectúa de Zannoni, que en realidad la actividad riesgosa es potencialmente dañosa y mientras se mantenga en tales términos es lícita, pero, una vez que causa el daño, es actualmente dañosa e ilícita, ya que se infringe de dicha manera el principio *alterum non laedere* (49). El criterio de considerar a la responsabilidad por riesgo como responsabilidad por actividad lícita responde a la concepción subjetivista de la antijuridicidad, como bien lo explica Vázquez Ferreyra (50), por cuanto para esta corriente sólo habría ilicitud, contradicción con el orden jurídico, si se obrare con culpa o dolo, cuando en realidad la actividad riesgosa sólo es lícita en abstracto, mientras es potencialmente dañosa, pero cuando dicha potencialidad dañosa se hace efectiva en un daño concreto, la mentada actividad riesgosa pasa a ser ilícita, es decir, antijurídica.

Bustamante Alsina hace referencia en conjunto a la responsabilidad por riesgo y en virtud del deber de garantía que se tiene por los actos del dependiente, considerando que en ambos hay una ilicitud potencial, ya que no son actos ilícitos "porque violen la ley sino porque al conjugarse con otros factores extrínsecos al acto mismo, la ley impone el deber de no dejar sin resarcimiento el daño que se ocasiona" y agrega que "su ilicitud es potencial" (51). En realidad, cabe decir que lo que es potencial es el carácter dañoso de la actividad, pero como citáramos en el párrafo anterior, una vez efectivizado el daño se da la ilicitud, por lo tanto no cabe distinguir entre la actividad riesgosa y la dolosa y negligente en este aspecto, porque las tres son potencialmente dañosas hasta que producen el perjuicio, y una vez causado son ilícitas. Por lo tanto, se pretende "descubrir" una ilicitud potencial en el riesgo, ilicitud que también se da en el caso de los factores de atribución subjetivos, dándose también en ellos la antijuridicidad actual al producirse el daño, al igual que si se tratase del riesgo. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad de quien debe resarcir un daño con fundamento en el deber de garantía, ya que por lo general, lo hace porque el dependiente obró en virtud de un factor subjetivo de atribución (conf. art. 1109, CCiv.), aunque hoy se admite que el daño pueda ser endilgado al dependiente sobre la base de un factor objetivo (52).

Mosset Iturraspe, de manera tangencial, al examinar la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, hace referencia a que dicho tipo de responsabilidad debe diferenciarse de la que es atribuible al Estado a título de culpa o riesgo creado, ya que en tales casos la misma "surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración Pública sin título jurídico para ello" (53). Para Bueres, en los casos de atribución de responsabilidad por riesgo, es claro que estamos frente a un comportamiento ilícito de los sujetos implicados en el mismo, ya que en tales supuestos hay autoría humana y no de la cosa riesgosa: "hay indudablemente una inmediatez material y pragmática que está dada por el hecho de la cosa, pero la mediatez trascendente descansa en la conducta de quien

puso el riesgo en acción (el dueño o guardián)" (54). En términos más o menos concordantes, Zavala de González también "conecta" la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa con el accionar humano del dueño o guardián, explicando que en el trasfondo de esta responsabilidad existe en forma subyacente una conducta humana que incurre en cierta negligencia —v. gr., colocar una maceta en forma peligrosa, no reparar el vehículo, en general no custodiar convenientemente la cosa— (55). En otro párrafo, la autora cordobesa destaca: "que el riesgo de la cosa (art. 1113) nunca es la causa exclusiva del daño, justamente por ser un peligro abstracto y no concreto. El daño resulta siempre de una agravación o deformación del riesgo que encierra la cosa: manipuleo o uso erróneos, falta de adopción de medidas de seguridad, deficiencias en la conservación o custodia de la cosa, en suma, de actos que desencadenan la potencialidad dañosa de la cosa" (56). Como se puede apreciar, se remarca la conjunción del riesgo con un acto humano en concreto que "actualiza" la potencialidad dañosa de la cosa o de la actividad. En síntesis, existe consenso doctrinario en considerar a la responsabilidad con fundamento en el factor objetivo del riesgo como un supuesto de responsabilidad por acto ilícito por cuanto no debe confundirse la licitud de desarrollar una actividad riesgosa —p.ej., actividad industrial— o de utilizar una cosa riesgosa —p.ej., conducir un rodado—, con la ilicitud de los actos concretos realizados al desarrollar la actividad o al utilizar la cosa y que causan un daño. Es así que es impropio considerarla como un supuesto de responsabilidad por acto lícito.

Dedicaremos un comentario más a la responsabilidad en virtud del deber legal de garantía, si bien al hacer referencia a la opinión de Bustamante Alsina ya hemos puesto en claro que tampoco se trata de un caso de responsabilidad por acto lícito. Para remarcar esa idea nos parece esclarecedor lo expuesto al respecto por Bueres. Este jurista entiende que la ilicitud del proceder del dependiente se comunica al principal, puesto que es ilícito que el dependiente cometa un ilícito y es ilícito dañar por intermedio de otro (57). Ahora bien, hemos dicho que se responde por el hecho

ajeno no sólo cuando el responsable directo causa un daño por obrar dolosa o culposamente: también se debe la garantía en caso de que éste sea responsable por el riesgo de la cosa de la que es dueño o guardián —v. gr., el sereno que mata con su revólver—. Y cabe extender este deber de garantía a los daños causados por los actos lícitos de los dependientes. Concretamente, se han ocupado de este tema Agoglia, Boragina y Meza, quienes consideran —acertadamente, a mi juicio— que el principal responde por los daños ocasionados por el dependiente por acto lícito, es decir, mediando una causal de justificación estado de necesidad—, en cuyo caso el dependiente en ejercicio o con motivo de sus funciones daña a un tercero inocente para evitarse un mal de mayor entidad, respondiendo el principal no como beneficiado sino como garante, dado que si bien el dependiente actuó en defensa de intereses propios, ha existido relación causal entre el acto dañoso y la función (58). Como conclusión, podemos establecer que los casos de responsabilidad por hecho ajeno no importan por responsabilidad por acto lícito o ilícito, sino que dicho carácter dependerá del tipo de responsabilidad del agente por el que se debe garantía, más allá de que por lo general se responda por actos ilícitos del responsable directo.

Una tercera especie de responsabilidad que puede conducir a su inclusión, desacertada desde ya, dentro de los casos de responsabilidad por acto lícito es el caso del abuso del derecho. Sabido es que esta figura se reguló expresamente con la ley 17.711, que modificó el art. 1071 del Código Civil. El mismo, en su texto actual, reza: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Tal como se puede apreciar, la norma comienza por establecer un supuesto de licitud y por ende —en principio—de

irresponsabilidad. En efecto, se establece que no es acto ilícito aquel que es ejecutado en el ejercicio regular de un derecho o en el cumplimiento de una obligación legal. por lo que los daños causados en tales situaciones no son —en principio—resarcibles, por mediar una causal de justificación, tal como lo disponía el Código de Prusia en la nota de Vélez al viejo art. 1071: "El que ejerce un derecho conforme a las leyes no responde del perjuicio que resulte de ese ejercicio". Pero seguidamente, agrega el nuevo texto, se establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, de lo cual se infiere que dicho ejercicio es contrario a la ley y como tal ilícito, antijurídico. Finalmente, se ejemplifica acerca de las pautas para reconocer ese ejercicio como abusivo.

Orgaz consideraba que el abuso del derecho no es tema de ilicitud, sino de justificación de un daño causado a otro y sobre la base de tal criterio opinaba que debía receptarse legislativamente con un agregado al art. 1109 del Código Civil que dispusiera: "No hay obligación de reparar el daño causado en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, salvo, en este último caso, que el derecho se ejerciere con el manifiesto propósito de perjudicar" (59). Lo cierto es que no alcanzamos a ver la distinción en considerar al abuso del derecho como un tema de ilicitud o de justificación de un darlo causado a otro, ya que las causales de justificación, según dijera el propio Orgaz (60), son excepciones a la excepción de la ilicitud que entraña dañar al prójimo. Y con dicho argumento, si consideramos al abuso del derecho como una excepción al ejercicio regular del derecho, vendría a ser una nueva excepción, por lo que el mismo importa ilicitud. De todas formas, entendemos que el texto del art. 1071 es sumamente claro al respecto en el sentido de que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, por lo que no cabe duda de que tal ejercicio importa acto ilícito, violatorio de la ley.

Bustamante Alsina tiene para sí que el abuso del derecho es un factor objetivo de atribución de la responsabilidad y como tal ajeno a la culpa, por lo que convierte en ilícito el acto, "desde que el juez lo valora a la luz de una concepción abstracta de lo que es

contrario a los fines para los que el derecho fue instituido, o de lo que ataca a la moral y a las buenas costumbres o excede los límites de la buena fe" (61). Por último, haremos referencia a la opinión de Vázquez Ferreyra, quien de manera categórica señala el carácter antijurídico del obrar, del ejercicio abusivo del derecho, en el sentido de que, según cita de Josserand, "el acto abusivo es el que cumplido en virtud de un derecho determinado, de un derecho subjetivo, es sin embargo contrario al derecho considerado en conjunto, a la juridicidad" (62), por lo que como vemos está presente en el acto y no en el resultado la contradicción con el ordenamiento jurídico integralmente considerado. En definitiva, sólo una óptica, hoy superada, de estricto apego a la literalidad de la ley puede considerar al abuso de derecho como un supuesto de responsabilidad por acto lícito, cuando en verdad lo que ocurre es que se ejerce un derecho del que se es titular pero en forma contradictoria a la dispuesta o tenida en mira por el ordenamiento jurídico globalmente comprendido. Basta pensar en los casos de responsabilidad de los medios de comunicación, que en ejercicio del derecho de libertad de expresión del que son titulares pueden causar perjuicio no ya con la intención de dañar, en cuyo caso creemos que hay un exceso de los límites legales y no abuso en el ejercicio; sino por el hecho de no informar con la seriedad o con los recaudos que el respeto a los derechos ajenos exige. Como lógico corolario de lo expresado, forzoso es concluir en que si el abuso del derecho importa acto ilícito, más aún lo es el ejercicio excesivo del derecho, es decir, cuando se actúa más allá de los límites del derecho subjetivo del que se es titular, por ende, cuando se actúa no teniendo tal derecho (63).

Por último, en cuanto al tratamiento de este tema, haremos una referencia a otra situación que, al igual que el abuso de derecho, puede inducir a erróneas interpretaciones y considerarse que se trata de actividad lícita. Es el caso de la obediencia debida. En realidad, la obediencia debida es un supuesto particular de la causal de justificación más genérica del cumplimiento de una obligación legal y esta última en cuanto tal encuentra su regulación en el ya citado art. 1071. párr. 1º, CCiv., el que dispone que dicho cumplimiento no

puede constituir como ilícito ningún acto. Esta causal de justificación genérica del derecho civil es contemplada en forma particularizada por el Código Penal, que en el art. 34 individualiza tres situaciones: el cumplimiento de un deber, el ejercicio de una autoridad o cargo (inc. 4º) y la obediencia debida (inc. 5º). Es obvio que en cualquiera de las tres situaciones es factible causar daños a otras personas. Así, siguiendo a Orgaz (64), el testigo que declara hechos ciertos que afectan el honor o al patrimonio de una persona (arg. a contrario sensu art. 275 del Código Penal) o el depositario de una cosa que niega la restitución al depositante que perdió la administración de sus bienes y los entrega a quien ahora los administra (art. 2214, CCiv.) actúan lícitamente e incluso podemos decir que el daño que causan es "justo", ya que se daría una suerte de "falta" de la víctima (arg. art. 1111, CCiv.), que motiva en uno y otro caso a que se cause el perjuicio —en el primer caso el perjudicado ejecutó los hechos deshonorosos relatados por el testigo y en el segundo dio motivo suficiente para ser separado de la administración de sus bienes—.

Otro tanto cabe manifestar con relación al ejercicio de una autoridad o cargo. Dice Orgaz que en realidad la autoridad es el género y el cargo, la especie, ya que la primera comprende tanto la autoridad pública (cargo) como la privada (v.gr., la de padres, tutores y curadores) (65). Claro está que en ejercicio de esta autoridad se pueden ocasionar daños: así, el funcionario que decomisa mercaderías en mal estado o el padre que corrige a su hijo "perjudican" patrimonialmente al decomisado y espiritualmente al hijo —en este último caso puede ser la prohibición de efectuar una actividad placentera para el hijo—. Como se puede apreciar, al igual que en la causal de cumplimiento de una obligación —en definitiva, el ejercicio de la autoridad conlleva tal cumplimiento (66)— y podríamos decir que al igual que el ejercicio de un derecho, los daños ocasionados en el ejercicio regular de la autoridad no hacen responsable a quien los realiza porque existe una "falta" de la víctima que es la razón fundante de la acción perjudicial —en los casos citados, la venta de mercadería en mal estado del decomisado y la mala conducta del hijo—. Pero ello siempre y cuando se trate de un

ejercicio regular de la autoridad —recordemos que el art. 1071 habla de "ejercicio regular de un derecho"—, por lo que bien podría añadirse "cumplimiento regular de una obligación legal". Hacemos esta aclaración porque lógicamente, y en modo análogo a lo que ocurre con el exceso y abuso de derecho, puede existir exceso y abuso de autoridad. Es ilógico considerar un correcto ejercicio de la autoridad paterna la prohibición al hijo de ingerir alimentos por una semana, en cuyo caso se infringiría lo dispuesto expresamente por el art. 278 del Código Civil. Otro tanto cabe decir del inspector municipal que excediendo sus facultades clausura un comercio, lo que constituiría una abierta infracción al art. 1112 del Código Civil. En consecuencia, es absolutamente reconocible la existencia de actos ilícitos en estas últimas hipótesis y por lo tanto la procedencia de la responsabilidad por dichos actos.

Fácil es deducir, luego de lo razonado hasta aquí, que los supuestos de obediencia debida son los que más dificultades presentan a la hora de evaluar la licitud o ilicitud de la acción. Ello es así, porque como dice Orgaz, en el caso de la obediencia debida no estamos frente al cumplimiento de una obligación impuesta "directamente" por la ley, sino de una. "orden individual y concreta" dictada por un superior jerárquico (67). Es decir que el vínculo con la ley es "mediato", o para decirlo más precisamente "formal", ya que la ley impone la obligación de obedecer la orden recibida pero no otorga el contenido de dicha orden, actividad que la ley delega en el funcionario que imparte la misma. El "conflicto" para el subordinado se da cuando debiendo cumplir con la orden impartida por la autoridad competente —es decir, quien tiene la facultad de dictarla—, cumplimiento que le es ordenado por la ley, advierte que dicha orden es ilegal o ilegítima. Según Orgaz, es innegable que el subordinado no tiene obligación de cumplir las órdenes ilegítimas, por cuanto la obediencia que impone la ley para sí misma —y nosotros agregaríamos, el orden jurídico en su totalidad, porque puede existir una ley inconstitucional— es mayor que la que corresponde por la relación jerárquica (68). Sin embargo, advierte que los subordinados en la mayoría de los casos no están autorizados

a revisar la legitimidad o ilegitimidad de la orden, por lo que si la misma fue expedida dentro del ámbito real o aparente de las atribuciones del superior y con observación de las formas legales, no habría responsabilidad del inferior si luego se concluye en la ilegalidad de la manda (69). En sentido más o menos coincidente. Marienhoff entiende que el subordinado tiene derecho de examen al "contenido" de la orden, y si de dicho examen resulta manifiesta la ilegalidad de la misma, el inferior tiene el deber y el derecho de desobediencia, pero remarca el carácter "manifiesto" de la ilegalidad del contenido (70). Al profundizar la eventual responsabilidad del inferior que causa un daño en cumplimiento del deber de obediencia a un superior, Orgaz entiende que en caso de estar legalmente facultado a revisar la legitimidad de la orden y de ejecutarse ésta en la creencia de que era legítima, sólo habrá eximición de responsabilidad en razón de un error excusable (arts. 929 y 930, CCiv., y 34, inc. I°, CPen.), en todo otro caso habrá responsabilidad (71).

Creemos que si bien el carácter manifiesto de la ilegalidad de la orden impartida puede llegar a ser un elemento trascendente, debe recordarse que el error de derecho no excusa la responsabilidad por los actos ilícitos (conf. art. 923, CCiv.). Para graficarlo con un ejemplo grosero, el inferior que tortura porque erróneamente considera que el tormento está permitido como un medio para lograr la confesión es responsable de los perjuicios que ocasiona. Y consideramos que en gran medida el conflicto que se da en el caso de la obediencia debida es un conflicto de normas, vale decir, la orden impartida es formalmente válida —emana de autoridad competente—, pero es sustancialmente inválida porque viola una norma de mayor jerarquía. Por lo tanto, en muchas ocasiones el inferior no podrá eximirse de responsabilidad aduciendo que la ilegalidad no se le apareció "manifiesta", si de lo que se trata es de un error de derecho. Sin embargo, reconocemos que existen casos en que la diafanidad de "lo ilegal" de la orden pueda depender de circunstancias de hecho, donde en tales casos sí podrá alegarse el error de, hecho excusable previsto en los arts. 929 y 930 del Código Civil. Pero no obstante la excusabilidad del error, ello no impide que

el acto en cuestión sea antijurídico, por cuanto el error es una causal de inculpabilidad y no una eximente de ilicitud, por lo que aun en caso de error excusable podría llegar a operar la responsabilidad en virtud de los factores de enriquecimiento sin causa y equidad (conf. art. 907. CCiv.). Otro tanto podría decirse de quien actúa intimidado por su superior, vale decir, amenazado con sufrir un mal grave e inminente en caso de desobedecer la orden. Estaríamos siempre frente a un supuesto de involuntariedad o inculpabilidad, la intimidación del art. 937 del Código Civil y del art. 34, inc. 2° in fine del Código Penal. En suma, podemos concluir que en los supuestos de invocación de la obediencia debida como causal de justificación, ésta sólo opera como tal cuando la orden que se debe cumplir es formal y sustancialmente legítima —v.gr., el oficial de justicia que allana un domicilio en virtud de una orden del juez competente—, en cuyo caso estaríamos frente al regular cumplimiento de una obligación legal y por lo tanto no existirá responsabilidad por operar, como decíamos más arriba, una suerte de "falta de la víctima" que originó la orden obedecida que le causa el perjuicio. En caso de no tratarse de una orden formal o sustancialmente legítima, no habrá cumplimiento regular de una obligación legal por la simple razón de que el ordenamiento jurídico autoriza y hasta obliga a desobedecer el mandamiento por su contradicción con normas de mayor jerarquía. En tales casos, siempre habrá antijuridicidad en la conducta, es decir, acto ilícito, sin perjuicio de que en caso de existir error excusable o intimidación, el agente no será responsable por involuntariedad o inculpabilidad del acto, salvo en virtud de lo dispuesto por el art. 907.

VI. La responsabilidad por acto involuntario y por acto lícito

Luego de haber recorrido los apartados anteriores, en varios de los cuales hemos hecho referencia a la diferencia entre antijuridicidad e involuntariedad, fácil resulta comprender que la responsabilidad por acto lícito es bien diferente de la que deriva de los actos involuntarios. Retornemos una vez más al carácter objetivo

de la antijuridicidad. Ésta es una condición objetiva de la responsabilidad, sólo exige la contradicción entre una conducta y el derecho positivo considerado como ordenamiento integral (72), con total independencia del motivo subjetivo de su autor y de las condiciones internas del mismo: de su culpabilidad y de su, imputabilidad (73), Claramente lo expresa Palmero al decir que "la apreciación objetiva de lo ilícito prescinde de toda otra consideración o circunstancia, y las acciones delictuosas que cometa el inimputable no perderán el carácter de ilícitas, aunque el agente se libere de las consecuencias civiles o penales en mérito de la excusa absolutoria que legitima su estado" (74). Vale decir que la antijuridicidad es un presupuesto necesario para la responsabilidad civil, ya que como hemos visto la misma está presente siempre, ya sea en el acto o en la situación que el acto ocasiona; mientras que la voluntariedad de la acción es un presupuesto de la culpabilidad, pero dado que puede existir responsabilidad civil sin culpabilidad —baste pensar en los casos de factores de atribución objetivos—, la voluntariedad no es un elemento necesario para que el agente responda civilmente de sus actos. Sí lo es para responder penalmente, ya que no hay responsabilidad penal si no se ha obrado voluntaria y culposamente (75). Cabe entonces expresar que en todos los casos de responsabilidad por actos involuntarios estamos en presencia de actos involuntarios ilícitos o de actos involuntarios lícitos que generan una situación antijurídica por la que se debe responder — p.ej., el daño necesario causado por un demente o en su beneficio, si bien veremos más adelante la indiferencia de la involuntariedad en este último caso—.

Consecuentemente, sólo a partir de una postura "subjetivista" de la antijuridicidad puede llegar a confundirse o a considerarse la responsabilidad por los actos involuntarios como una especie dentro del género de la responsabilidad por acto lícito, por cuanto se consideran como tales a los actos sin voluntad. Ello trasunta claramente de lo expuesto por Moisset de Espanés, quien precisa: "no creernos que pueda hablarse con propiedad —en nuestro sistema jurídico— de "obrar ilícito de inimputables",

refiriéndose a casos en que el sujeto carecía de voluntariedad o que 'no podía incurrir en culpa', pues sólo los hechos voluntarios pueden ser ilícitos (art. 898), y tampoco se puede hablar de acto ilícito si al agente no se le puede imputar dolo, culpa o negligencia (art. 1067)" (76). No insistiremos más en la crítica que esta posición nos merece, adhiriendo así a la postura objetivista de la ilicitud sostenida en la actualidad por la mayoría de la doctrina civilista, tal como hemos explicado en los apartados precedentes. Sí nos parece ilustrativo, aunque exceda en cierta medida el propósito de este trabajo, detenernos en forma particularizada en los distintos casos de responsabilidad por daño involuntario para poder comprender de un modo más acabado su diferencia con la responsabilidad por acto lícito.

Un primer supuesto es el de los actos ilícitos cometidos por menores de edad, en cuyo caso el art. 921 del Código Civil establece la edad de diez años como límite para considerar tales actos como efectuados con discernimiento. Es de destacar que la propia norma diferencia la edad de madurez psicofísica a partir de la cual se actúa con discernimiento según se trate de actos ilícitos y lícitos —catorce años, conforme remisión al art. 127, CCiv. —, lo cual constituye una pauta más para entender que los actos involuntarios no son lícitos por el mero hecho de que en los mismos se opere sin discernimiento por la minoría de edad. Otro caso es el de los actos ilícitos efectuados sin discernimiento por pérdida permanente de la razón, el caso de los dementes. Debe recordarse aquí que el art. 140 del Código Civil establece que ninguna persona será considerada demente a los efectos del Código si la demencia no fuera verificada y declarada por juez competente, lo cual importa un regla general. Sin embargo, con criterio práctico y realista el art. 921 en su segunda parte dispone que sólo serán reputados actos sin discernimiento los de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, precepto con el cual armoniza exactamente el art. 1070 en su primera parte al estipular que no son involuntarios los actos ilícitos practicados por dementes en lúcidos intervalos aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio. Es decir que para el Código

sólo son dementes los declarados judicialmente como tales, pero no todos los actos de estos dementes declarados judicialmente se reputan involuntarios, ya que son considerados voluntarios los ejecutados en intervalos lúcidos. Esto último es una cuestión de onus probandi, dada la presunción de involuntariedad de los actos realizados por un demente declarado judicialmente (77).

Un tercer supuesto de responsabilidad por daño involuntario es el de aquellos actos efectuados sin discernimiento debido a la pérdida accidental de la razón. Los mismos están previstos también en los arts. 921 y 1070, in fine, en ambos casos. El art. 921 expresa en su parte final que son hechos sin discernimiento los actos practicados por quienes, por cualquier accidente, están sin uso de razón. Como antes se hizo referencia a la hipótesis de los dementes, cabe entender comprendidos aquí a aquellos que sin ser dementes judicialmente declarados cometieren actos sin uso de razón, lo cual resulta armónico con el párrafo precedente, que considera con discernimiento los actos de los dementes hechos en intervalos lúcidos. Es decir, a los fines de los arts. 921 y 1070, lo fundamental para calificar a un acto como involuntario, efectuado sin discernimiento, es si al momento de su ejecución el agente se encontraba o no en uso de razón, más allá de estar o no declarado judicialmente como demente. Haremos una rápida revisión de los distintos casos que pueden presentarse bajo este supuesto de pérdida accidental de la razón, para lo cual seguiremos la obra de Palmero (78). Una primera hipótesis que se nos presenta es la de la hipnosis. Palmero expresa que en esta hipótesis ha de valorarse si se llegó al estado de hipnosis en forma voluntaria, o si fue por motivos de necesidad —tratamiento médico— o contra la voluntad del hipnotizado. En el primer caso, en principio, los daños ocasionados deben reputarse como causados por hechos o actos propios, y se responderá por acto ilícito involuntario en virtud del art. 907 del Código Civil. Merece una especial consideración el supuesto particular de quien quiso hipnotizarse para causar un daño, en cuyo caso hubo voluntad no sólo para someterse al trance sino también para causar el daño. En el supuesto de no mediar una disposición

voluntaria al estado hipnótico, se puede reputar que ni siquiera hay [tutoría, sino directamente un hecho del hipnotizador (79). Otro supuesto es el de la epilepsia, pudiendo distinguirse si la enfermedad es total, en cuyo caso se produciría un estado de inconsciencia completa por lo que ni siquiera habría autoría (80), de los casos de epilepsia parcial, en los cuales la persona mantiene plena conciencia de sí mismo por lo que estarnos frente a un acto aunque involuntario (81). Los supuestos de sonambulismo y drogadicción plantean análogas cuestiones a las de la hipnosis, por lo que en principio los actos realizados bajo tales estados, en la medida que importan pérdida temporaria de la razón, se reputan involuntarios, respondiéndose de acuerdo al art. 907 por los daños ocasionados; habrá que ver en todo caso si existió culpabilidad del sujeto en omitir las precauciones pertinentes en el caso del sonambulismo y en provocar el estado de inconsciencia en el supuesto de la drogadicción (82). Idéntica reflexión merece la hipótesis de la embriaguez, con la diferencia de que la misma ha sido objeto de expresa regulación normativa en el art. 1070 in fine, cuyo texto contrario sensu reputa involuntarios los actos ilícitos practicados en dicho estado si se probare que la embriaguez fue involuntaria. Ante todo procede aclarar que el estado de embriaguez debe ser de tal intensidad que prive totalmente de discernimiento; si se alcanza tal efecto y se llegó a dicho estado en forma involuntaria, sólo se responderá conforme al art. 907; si la ebriedad fue consecuencia de la voluntad de la persona, se es responsable por los preceptos generales de la responsabilidad civil (83). Finalmente, en lo que respecta a estos supuestos de pérdida accidental de la razón, cabe también distinguir los actos instintivos y habituales, a la sazón involuntarios y susceptibles de originar responsabilidad en los términos del art. 907, de los actos reflejos o realizados en estado de inconsciencia total —como apuntaríamos más arriba respecto de la epilepsia—, en los cuales no procede considerar que exista autoría y en consecuencia causalidad adecuada con el daño (84).

El error esencial como causa obstativa de la intención también convierte en involuntarios los actos ilícitos realizados en

perjuicio de otros. Expresamente prevé esta situación el art. 930: "En los actos ilícitos la ignorancia o error de hecho sólo excluirá la responsabilidad de los agentes, si fuese sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito". Palmero cita como ejemplo de esta hipótesis poco común el del cartero que por encargo de un vecino lleva comida envenenada —ignorando la existencia del veneno, claro está— al perro del vecino colindante y lo mata (85). Resulta obvio que el error recayó sobre el hecho principal —la comida que causó la muerte al can—, por lo que se trata de un acto antijurídico involuntario y como tal el agente sólo sería pasible de responsabilidad por el art. 907. La involuntariedad del acto puede también ser inducida por un tercero. Encontramos bajo esta especie los supuestos de falta de libertad en el acto por motivos de violencia. El Código prevé la fuerza y el temor. Respecto de la primera, el art. 936 establece: "Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible". Entendemos junto con Bueres y Zavala de González que en los casos de ejercicio de una fuerza irresistible —vis absoluta o vis corporis illata—, quien aparece como agente inmediato del acto en realidad no lo es, porque en realidad no hay autoría de su parte y por ende no existe relación de causalidad adecuada con el daño, ya que el mismo debe ser atribuido a quien emplea la fuerza (86). Así ocurre en el conocido caso de quien está parado frente a una vidriera y la rompe al ser empujado de atrás por otra persona. Por lo tanto, consideramos que la hipótesis del art. 936 no puede catalogarse como acto involuntario sino como un supuesto de falta de acción. Distinto cariz presenta el art. 937, que regula el supuesto de falta de libertad en la acción por temor causado por la intimidación de un tercero. Expresa la norma que "Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos". Se trata, por ejemplo, del caso de quien conduce un rodado y es apuntado con un arma de fuego a fin de que atropelle a otra persona. Como se ve, aquí hay obstrucción de la libertad en el acto, pero el acto es atribuible a quien guía el automotor, hay autovía, más allá del dolo

atribuible a quien intimida. El conductor comete un acto ilícito involuntario por lo que sólo sería pasible de responsabilidad en virtud del art. 907. Deben recordarse los requisitos que la norma establece para la existencia de la intimidación: injustas amenazas, temor fundado y posibilidad de sufrir un mal inminente y grave (87).

Es de destacar, en cuanto hace a la diferenciación entre el daño involuntario y el causado por acto lícito, que ha sido materia de confusión la hipótesis de la falta de libertad por constreñimiento moral —intimidación— con el estado de necesidad. Esta confusión es producto de una concepción subjetivista del estado de necesidad. En la intimidación existe una "necesidad", entendida en su acepción lata, mas la "necesidad" que está presente en el "estado de necesidad" es de carácter restringido (88). La concepción subjetivista del estado de necesidad considera que el agente necesario es un inimputable, en razón de haber obrado en la emergencia privado de su libertad, cuando en realidad el estado de necesidad importa una causal de justificación y por ende es de carácter objetivo. El único punto en común entre el daño involuntario y el necesario, según Palmero (89), es el del factor de atribución, que radica en la equidad —aunque veremos más adelante que en el caso del estado de necesidad en realidad el factor de atribución es la solidaridad social—. Sin embargo, ello no permite que se identifiquen dos supuestos totalmente distintos, ya que el daño involuntario por falta de libertad es causado por un acto ilícito inculpable e importa responsabilidad en los términos del art. 907, mientras que el daño necesario es causado por un acto lícito, aunque, atento a la falta de una norma expresa en nuestro ordenamiento, bien puede hallarse el fundamento de la responsabilidad del agente necesario en forma analógica en el art. 907 en cuanto resulta una aplicación del principio que veda el enriquecimiento a expensas de otro o del de la equidad, en cuyo caso también se recurre por analogía al art. 1069 para justificar la reducción de la indemnización (90).

Finalmente, nos parece apropiado terminar este apartado, en donde hemos indicado las diferencias entre la responsabilidad por

acto involuntario y por acto lícito, haciendo alusión a un supuesto de conjunción de acto lícito e involuntario. Se trata del daño necesario ocasionado por un inimputable. Al respecto consideramos que, siendo el estado de necesidad una causal de justificación, dicho acto debe considerarse lícito, y será involuntario cuando el inimputable sea el agente necesario y no el beneficiado por el acto necesario. Zavala de González expresa que la responsabilidad por el acto necesario de un inimputable no cae bajo la previsión del art. 907, ya que dicha norma prevé una responsabilidad por acto involuntario ilícito. Por lo demás, se llegaría al absurdo, según la jurista cordobesa, de que en el actual sistema jurídico argentino el inimputable responda por daño necesario y no lo haga el imputable (91). No compartimos esta última idea, por cuanto entendemos junto a Vázquez Ferryera que en el actual ordenamiento jurídico civil existe responsabilidad por el daño necesario sea que por éste responda un imputable o un inimputable (92). Por lo demás, el art. 907 no contiene una mención expresa a actos —el texto dice hechos, término que debe ser entendido como un sinónimo— ilícitos involuntarios, sino a hechos involuntarios que causen a otro algún daño, por lo que puede tener cabida dentro de su regulación el acto necesario —lícito— involuntario que causa un daño injusto, es decir, una situación ilícita o antijurídica. Sí compartimos la objeción de Zavala de González en cuanto interpreta que si se considera que el daño necesario involuntario es reglado por el art. 907, podría entenderse que existe un doble sistema para dos hechos de idéntica naturaleza. Así, el agente inimputable debería responder por el daño necesario involuntario aunque él no fuese el necesitado, mientras que en caso de daño necesario voluntario no responde el agente sino el beneficiado con su acto (93). Sin embargo, consideramos que dicha interpretación no es sostenible. Claro está, y así se interpreta por la doctrina mayoritaria, que en el caso de daño necesario quien debe responder es el necesitado, es decir, el interesado, aunque no fuere el agente (94). Por lo tanto, consideramos que en caso de daño necesario involuntario, el art. 907 es aplicable si el agente inimputable es además el interesado, razonamiento que por lo demás se compadece con la letra del artículo, ya que en su primer párrafo

establece indemnización si el autor del hecho se hubiera enriquecido con el daño. No obstante lo dicho, volvemos otra vez a adherir a lo expuesto por Zavala de González en el sentido de que en la responsabilidad por daño necesario es realmente indiferente la inimputabilidad tanto del agente como del necesitado (95), ya que este último debe responder siempre, sea imputable o inimputable, o que el acto necesario fuere voluntario o involuntario. Ello es así porque la antijuridicidad radica en la situación en la que permanece la víctima y además porque el factor de atribución es objetivo —la solidaridad social— y como tal ajeno a la existencia de culpa del agente, la que obviamente no podría existir por tratarse de un acto lícito. Creemos que, en cuanto a la objetividad del factor de atribución, existe paralelismo con la responsabilidad por riesgo de la cosa, en la cual es indiferente que el dueño o guardián sea imputable o inimputable a los efectos de su responsabilidad. En este supuesto también hallamos presente dicha 'indiferencia' en cuanto a la imputabilidad o no del responsable. Nuestra diferencia con la autora cordobesa pasa por considerar, al igual que Vázquez Ferreyra, como dijimos párrafos arriba, que dicha responsabilidad existe actualmente en nuestro sistema, mientras que ella la enuncia como *de lege ferenda*.

VII. Daño justo causado por acto lícito

En el apartado IV, al explicar la antijuridicidad presente en la situación injusta en la que permanece el damnificado por ciertos actos lícitos —v.gr., estado de necesidad—, hicimos mención acerca de que se justificaba distinguir entre el acto y el resultado que el mismo provoca —la situación— por cuanto existen actos lícitos que originan situaciones antijurídicas o ilícitas y otros actos lícitos que si bien ocasionan un perjuicio o daño, tales daños no importan una situación antijurídica, por cuanto el daño causado puede reputarse como un "daño justo" y por ende los referidos actos no generan responsabilidad alguna. Es decir que en estos casos estamos frente a causales de justificación que no sólo eximen de antijuridicidad al acto, a la conducta humana, sino que además eximen de antijuridicidad a la situación o resultado que dichos actos provocan.

Al referirnos, en el apartado V, al abuso del derecho, al exceso en el ejercicio del derecho y a ciertas situaciones de obediencia debida —concretamente a la obediencia prestada a órdenes sustancialmente ilegítimas—, expresamos que se trataban de "aparentes" casos de acto lícito, que en realidad existía un componente ilícito en tales conductas, por cuanto en verdad se trata de hipótesis en las cuales se actúa en violación al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Estos supuestos tienen en común la característica de importar "excesos" o "desviaciones" de las causales de justificación establecidas en los arts. 1071 del Código Civil y 34, inc. 40, del Código Penal, esto es, el ejercicio regular de un derecho propio y el cumplimiento —agregaríamos nosotros, también regular— de una obligación legal. Pasamos a considerarlos.

En cuanto al ejercicio del derecho, dice Orgaz que por una cuestión de mera lógica, el ejercicio de un derecho no puede ser contrario a derecho, es decir, ilícito, y que obviamente dicho ejercicio debe ser "legítimo", término que utiliza la legislación penal y que prefiere al de "regular", que establece el Código Civil (96). Continúa diciendo el jurista nombrado que, en principio, el titular de un derecho puede ejercerlo ampliamente, aun cuando dicho ejercicio amplio no le reporte beneficio propio o prive a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer o le traiga algún inconveniente. Da así los ejemplos de los arts. 2516 y 2517 del Código Civil, que permiten al propietario de un inmueble no sujeto a servidumbre a impedir el paso por el mismo a terceros aunque ese impedimento les ocasione molestias (art. 2516) y a remover sin previo aviso la cosa ajena que se hubiese puesto en su inmueble sin su consentimiento aunque no invoque ningún perjuicio propio y la remoción lesione un interés del dueño de la cosa (art. 2517). También brinda el ejemplo, salvo en situaciones de emergencia locativa declarada por ley, del propietario que se niega a alquilar una casa deshabitada aunque no la utilice de ningún modo y existan interesados en locarla (97). Los límites del ejercicio del derecho están dados por los derechos de los otros, límite que en caso de ser traspuesto importaría exceso en dicho ejercicio y por ende "ejercicio irregular", por lo que cesaría la causal

de justificación como eximente de antijuridicidad —pasaría a ser un acto ilícito— y lógicamente como eximente de responsabilidad. Ahora bien, siguiendo siempre a Orgaz (98), diremos que el principio general es que el derecho ajeno no puede ser lícitamente afectado por el ejercicio del derecho propio, pero existen excepciones en las cuales el ordenamiento jurídico reconoce supremacía axiológica a uno de los derechos en conflicto y entonces autoriza la intromisión, como, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad, que serán objeto de análisis más adelante. Existen además otros supuestos en los cuales la colisión de derechos se da por recaer sobre un mismo objeto, en los cuales la ley establece un orden de preferencia —primeros acreedores privilegiados o embargantes frente a los restantes—, o una satisfacción parcial de todos —acreedores quirografarios en el proceso concursal—. El conflicto también puede entablarse entre derechos e intereses, en cuyo caso se privilegia el derecho, como acontece en el art. 2514 del Código Civil, que establece el ejercicio irrestricto de las facultades derivadas del derecho de dominio aunque ello acarree perjuicios a meros intereses —ventaja, comodidad, placer, inconvenientes— a terceros. Para terminar con la consideración del ejercicio regular de un derecho como causal de justificación del daño causado a otra persona, entendemos que una aplicación concreta —expresamente legislada— de esta causal en el campo obligacional es el ejemplo suministrado por el art. 1201 del Código Civil, que establece el "derecho" de no cumplir una obligación contractual si la otra parte no hubiese hecho lo propio con la obligación a su cargo o estuviere en mora en dicho cumplimiento. Se trata de la *exceptio non adimpleti contractus*, que importa el derecho de no cumplir porque la otra parte no cumplió antes. La evidencia de la "justicia" del daño derivado del incumplimiento se manifiesta en la lógica del impedimento que tiene el "damnificado" de reclamar la obligación que se le debe cuando él ha incumplido la debida por su parte hacia el otro cocontratante.

Otro supuesto de "daño justo" causado por acto lícito que se suele distinguir es el de la acción directa, que en verdad no deja de ser una "especie" del ejercicio regular de un derecho. Nuestra

legislación civil regula distintos casos, generalmente vinculados a los derechos reales. Según Orgaz se incluyen bajo tal denominación "todos aquellos casos que la ley autoriza de protección y satisfacción de derechos individuales exclusivamente por la acción privada, esto es, sin intervención de la autoridad pública", agregando que junto con la legítima defensa importan un resabio de la justicia privada, fundamentado en la necesidad de reconocer al individuo el derecho a la propia protección en aquellos casos en que el auxilio de la autoridad pública sería ineficaz o tardío, o en conveniencias prácticas y la escasa peligrosidad de la situación planteada (99). Bustamante Alsina trata esta causal de justificación bajo el nombre de "autoayuda", señalando entre las condiciones que legitiman dicha conducta las siguientes: que se procure proteger una pretensión o derecho reconocido por la ley, que exista peligro de que sin la autoayuda ese derecho se frustre irreparablemente o se dificulte de manera manifiesta su efectividad y que no haya tiempo para acudir a las autoridades públicas (100). Orgaz divide a la acción directa en defensiva y ofensiva. Respecto de la defensiva encuentra su regulación expresa en la legislación civil en el art. 2470, que dispone: "El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa". Corno se aprecia, se trata de un caso particular de la legítima defensa, ya que las condiciones generales de la ley penal se encuentran presentes en este supuesto: 1) agresión ilegítima, 2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y 3) falta de provocación por parte del que se defiende. Además, se da una situación de necesidad que se halla presente tanto en el derecho penal como en el civil, consistente en la imposibilidad de recurrir al auxilio oportuno de la autoridad (101). En cuanto a la acción directa ofensiva, el maestro cordobés entiende que bajo esta hipótesis pueden reunirse el derecho de retención de cosas ajenas que la legislación le otorga al locador y al posadero (arts. 1558 y 3886, CCiv.), la remoción de cosas que autoriza el art. 2517 o el corte de

raíces que permite el art. 2629 (102). También aquí se puede observar que se trata del ejercicio de derechos por mano propia, lo que supone la existencia de una falta del damnificado (conf. art. 1111) —si mediare un contrato como en la locación o en el contrato de hospedaje, la norma de justificación análoga sería el art. 1201, por haber operado un incumplimiento de quien debe tolerar la acción directa—. Es por ello que existe "justicia", "licitud", en el daño ocasionado amén de ser lícito el acto que lo causa, por estar expresamente autorizado por el ordenamiento jurídico, por lo que se trata de supuestos que no generan responsabilidad alguna.

Podemos incluir, siempre siguiendo a Orgaz, como otra hipótesis de causal de justificación y por ende de acto lícito y que ocasiona un daño también lícito, el consentimiento prestado por el damnificado a la acción dañosa. Dicho consentimiento sólo es válido respecto de bienes disponibles, esto es, de bienes que la ley tutela únicamente en aras de intereses particulares y no generales (103). Resulta relevante al efecto el carácter de los bienes, si se trata de bienes personales o patrimoniales. En relación a los primeros, el principio general es que éstos no son disponibles. Se trata de la vida, la salud e integridad corporal. Si el daño es inferido por el propio damnificado —suicidio, automutilación—, en tales casos sí es lícito disponer de tales bienes, ya que el ordenamiento jurídico considera tales conductas como lícitas, podríamos decir con más precisión que son conductas permitidas, ya que ninguna prohibición existe al respecto y por lo tanto, y en la medida que de ellas no trasunte ningún perjuicio a terceros, están amparadas por el art. 19 de la Constitución Nacional. Distinto es el caso de la instigación al suicidio, reprimida por la ley (art. 83, CPen.). Pero cuando hablamos de consentimiento, nos referimos a la conformidad prestada por el damnificado para que otro le ocasione el perjuicio. Respecto del bien de la vida humana, entendemos que dicho consentimiento no exime de antijuridicidad la actividad dañosa ajena que esté orientada directamente a causar la muerte —el ejemplo más elocuente sería la eutanasia—. En todo caso, habría lícitud en aquella conducta médica a la que se somete voluntariamente una persona con fines altruistas

—p.ej., para atender con urgencia a la preservación general de la salud— (104), pero en tal caso la actividad dañosa no tiene por finalidad causar la muerte, sino que conlleva el riesgo de que la misma acontezca. En caso de que el bien en cuestión sea la salud o la integridad corporal, el consentimiento de la víctima exime de antijuridicidad al acto, siempre y cuando el acto dañoso tenga por finalidad preservar la propia salud del damnificado —mutilación a fin de evitar la muerte— o la salud de un tercero —transfusión de sangre, transplantes de órganos—. En este último caso, habrá que considerar la legislación específica que establece las condiciones y requisitos para la práctica de estas intervenciones médicas. Además, habrá de atenderse a la validez del consentimiento que involucra el deber de información del médico a quien se expone a tales prácticas. En cuanto a los bienes patrimoniales, toda vez que el art. 2506 establece que las cosas y bienes se hallan sometidos a la voluntad y a la acción de la persona que ostenta sobre ellos el dominio; así como que el propietario tiene derecho a dañarlos o destruirlos, también lo tiene a prestar el consentimiento para que un tercero lo haga, claro está, siempre que tal conducta no implique daños a terceros, en cuyo caso habría exceso o abuso de derecho, debiéndose recordar al respecto la función social-de la propiedad. En materia contractual, esta causal de justificación encuentra amplia aplicación en las llamadas cláusulas de irresponsabilidad, las que son válidas a los fines de dispensar el dolo ya producido pero no al momento de contraerse la obligación (conf. art. 507, CCiv.), mientras que en caso de dispensar la culpa, en principio no habría impedimento legal, a menos que por ellas se permita eludir obligaciones legales de orden público —responsabilidad médica— o que importen una dispensa total de la culpa —cláusula excluyente— (105). Creemos que la licitud del daño inferido con consentimiento del damnificado contratante, en los casos en no exista prohibición legal, no es más que la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1198, CCiv.), y como tal, tanto la conducta como el daño que ésta genera carecen de antijuridicidad. En definitiva, se puede concluir en que el consentimiento del damnificado, siempre que el mismo se preste en las condiciones y con los requisitos que la ley lo autorice o

no lo prohíba expresamente, importa el ejercicio regular de un derecho y como tal un acto lícito que transmite su licitud al resultado que ocasiona, no derivando responsabilidad del acto dañoso consentido.

Otro supuesto de acto lícito causante de daño justo es el consistente en el cumplimiento de una obligación legal, tal como lo establece el art. 1071. Ya nos hemos referido a esta causal de justificación, al examinar las desviaciones o excesos en tales cumplimientos —obediencia debida a órdenes ilegítimas o ejercicio irregular de una autoridad o cargo— (106), en cuyo caso dijimos que se trataba de responsabilidad por "aparente" acto lícito, de allí que así como se habla de ejercicio regular de un derecho, para referirnos a esta causal de justificación debería expresarse cumplimiento regular de una obligación. La licitud o justificación del daño proviene, al igual que en el ejercicio regular de un derecho, de que previamente existe una conducta antijurídica atribuible al damnificado —falta en los términos del art. 1111—, que viene a justificar el comportamiento dañoso del agente. Así lo apreciamos en los ejemplos brindados por Orgaz y arriba citados, del testigo que declara hechos ciertos que lesionan el honor del delincuente, o el inspector que clausura el negocio porque el comerciante vende mercadería en mal estado. Consecuentemente nos remitimos a lo reflexionado en la oportunidad antedicha, reiterando que se trata de casos que generan responsabilidad alguna.

Hemos querido dejar para la consideración final de este apartado el supuesto, quizá más paradigmático, dentro de las hipótesis de "daño justo" causado por acto lícito, que es el de la legítima defensa, la cual puede considerarse un particular caso de ejercicio regular de un derecho. El Código Civil no contiene ninguna norma que justifique el daño causado en legítima defensa, salvo una aplicación concreta al tema de la-defensa privada de, la posesión (art. 2470). Claro está que se la prevé expresamente en el Código Penal (art. 34, inc. 6°), guardando semejanza con el estado de necesidad, del que se diferencia por cuanto en este último se produce un

perjuicio a una persona ajena al hecho, mientras que en la legítima defensa el daño se causa a quien ataca al agente. Las condiciones necesarias para que se dé la causal justificatoria de legítima defensa están contenidas en la norma pertinente de la legislación penal: 1) se debe obrar en defensa propia o de sus derechos, 2) debe mediar una agresión ilegítima, 3) debe existir necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y 4) no debe haber provocación suficiente por parte del que se defiende. El art. 34, inc. 7° del Código Penal extiende la legítima defensa a la persona o derechos de otro, siempre que concurren los requisitos señalados en 2) y 3) y en caso de que haya existido una previa provocación suficiente por parte del agredido, que el tercero defensor no haya participado en ella. La antijuridicidad no está presente en el acto defensivo, ya que el ordenamiento expresamente autoriza a actuar en legítima defensa: es una acción lícita, conforme a derecho.

Al fundamento de esta causal de justificación se lo ha querido ubicar en un supuesto "conflicto de derechos o intereses", prevaleciendo el de quien se defiende frente al de quien ataca. Sin embargo, bien dice Orgaz que el interés del que ataca no es legítimo, por lo que no hay verdadero conflicto de derechos o intereses en sentido jurídico, sino que el derecho subjetivo y el interés legítimo de quien se defiende es el único protegido, por lo cual para este autor, como expresáramos al comienzo de este párrafo, el fundamento consiste en el ejercicio de un derecho (art. 1071, CCiv.) (107). No nos explayaremos en el análisis particularizado de los requisitos de la legítima defensa porque el mismo excede el marco de este trabajo, sólo diremos que cualquier tipo de bien es susceptible de legítima defensa (108), que al exigirse que exista una agresión ilegítima del dañado, dicha agresión debe entenderse como ilícita, antijurídica, por lo que su apreciación es de carácter objetivo, pudiéndose así ejercer la legítima defensa contra agresiones de un demente o personas privadas accidentalmente de discernimiento (109) y que la necesidad racional requerida lo es en un doble aspecto: en cuanto a la necesidad de la defensa misma —que impone una racional proporción entre los bienes en pugna— y al medio empleado —ya

que la falta de proporción racional constituye exceso en el ejercicio de la defensa (art. 35, CPen.)- (110). El daño causado por el agente que actúa en legítima defensa puede considerarse "justo", no hay antijuridicidad en la situación que resulta del acto, ésta es lícita, por ello la legítima defensa es un acto lícito del que no se deriva reparación alguna. En cuanto al fundamento, consideramos que análogamente se puede basar en el art. 1111, en cuanto ha existido una falta de la víctima, un hecho antijurídico de ésta, consistente en la agresión ilegítima, no obstante la opinión en contrario de Zavala de González, quien entiende que dicha agresión es una causa mediata de la lesión (111). Sin embargo, entendemos que, si bien la agresión ilegítima es una de las condiciones para que opere el instituto de la legítima defensa, a los efectos de la eximición de responsabilidad civil, es determinante para considerar lícito el daño inferido al agresor ahora dañado, ya que el proceso que supone la acción en legítima defensa tiene inicio con la agresión ilegítima, siendo reprochable al agresor el daño que se le ocasiona. Debemos también recordar que aquí no hay conflicto de derechos o intereses, sino que el agresor actúa sin derecho o interés legítimo alguno.

Finalmente, deseamos culminar el breve tratamiento efectuado de la legítima defensa haciendo referencia a una hipótesis que nos remite al tema de la antijuridicidad en el resultado de la acción. Habíamos señalado en el apartado IV que una acción efectuada en legítima defensa podía derivar en la muerte del agresor ilegítimo y, a la vez, la misma acción, en un daño a un tercero inocente. Es decir, se trata de una acción con dos daños distintos. Si se tratare de la muerte del agresor estaríamos frente a un daño no resarcible por ser un daño "justo", "lícito", derivado de un acto lícito amparado en la causal de legítima defensa. En el caso de un daño patrimonial o a un derecho personal, mientras no sea la vida humana del tercero ajeno, estaríamos frente a un supuesto de estado de necesidad, y consecuentemente, tal como lo veremos infra, es un supuesto de daño resarcible. Este ejemplo nos demuestra la posibilidad de que un mismo acto —lícito: ya sea legítima defensa o estado de necesidad—, ocasione dos situaciones jurídicas: una lícita

no reparable y otra ilícita reparable. Pensemos que el tercero no tiene derecho a impedir, por ejemplo, que se dañe su propiedad por parte del agente en legítima defensa —así, si éste se defiende con un objeto contundente de un tercero a falta de otros elementos—, pero sí a que se le resarza el daño causado a la cosa. Ahora bien, si del acto efectuado en legítima defensa derivase además de la muerte del agresor ilegítimo el deceso de un tercero ajeno, ya no podríamos hablar en este último caso de estado de necesidad, porque dicha causal justificatoria no "cubre" el mal ocasionado a la vida humana, ya que, objetivamente, todas las vidas humanas tienen el mismo valor, por lo que no puede considerarse a la muerte de un tercero inocente como el "mal menor" frente a la muerte del agredido a los efectos del art. 34, inc. 3° del Código Penal. Piénsese que en caso de entenderse lo contrario debería negársele al tercero la legítima defensa, ya que debería soportar el mal que se le ocasiona (112). El interrogante que se plantea es respecto de la calificación jurídica de este último supuesto. Creemos que podría ser calificado como homicidio culposo o bien concluir que no existió nexo causal adecuado —habrá que ver la trayectoria del objeto que provoca la muerte, como una bala—, en cuyo caso estaríamos frente a un caso fortuito. Por lo tanto, de acuerdo a las circunstancias fácticas podemos estar en presencia de un acto ilícito o considerar que no hubo nexo causal entre el acto del agente defensivo y la muerte del tercero inocente. ¿Atenta esta conclusión contra el principio de unidad y objetividad del concepto de antijuridicidad? Creemos que no. Ello por cuanto el ordenamiento considera al acto como lícito en cuanto es causa de la muerte del agresor ilegítimo —legítima defensa— y como ilícito —homicidio culposo— o eventualmente consagra la ausencia de nexo causal adecuado, en cuanto causa la muerte de un tercero inocente, por lo que se trata de dos realidades distintas, por lo tanto no hay una doble calificación contradictoria de una misma realidad, no atentándose contra la unidad de la antijuridicidad. Y tampoco se viola la objetividad de dicho concepto por cuanto ya hemos expresado que la objetividad se relaciona con la independencia del acto respecto de la situación personal del agente,

pero no con la situación en la que permanece la víctima de dicho acto.

VIII. Daño injusto causado por acto lícito

En este apartado desarrollaremos el último de los temas que, consideramos, incluye la temática objeto de este trabajo, puesto que el próximo hará las veces de resumen de las conclusiones a extraer en forma global. El tratamiento del daño injusto causado por acto lícito representa el meollo de la responsabilidad civil por acto lícito. Hasta ahora hemos analizado el concepto de la antijuridicidad en la responsabilidad por acto lícito y luego hemos hecho referencia a distintos supuestos de responsabilidad susceptibles de ser confundidas —erróneamente— con la originada por acto lícito. Finalmente, en el apartado precedente examinamos los supuestos de daño justo causado por acto lícito, habiendo concluido que en tales hipótesis no existe responsabilidad civil alguna, justamente porque la situación o resultado generados por el acto lícito no es dable de reputarse antijurídicos. Es así que la responsabilidad por acto lícito se patentiza solamente cuando de dicho acto lícito resulta una situación antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico. Una regla que esbozamos en las consideraciones ya efectuadas es que en estos supuestos el damnificado está obligado a soportar la actividad lícita, por lo que no puede oponerse legítimamente a la causación del daño, pero ello no implica que no pueda reclamar el resarcimiento de dicho perjuicio.

Comenzaremos por tratar los diversos supuestos de responsabilidad por acto lícito que prevé el Código Civil, para luego acometer con las dos grandes áreas, a nuestro entender, de este tipo de responsabilidad, que son: el daño necesario y el causado por la actividad lícita del Estado. El Código Civil contiene distintas normas aisladas, sin un tratamiento orgánico del tema, que disponen la indemnización de un daño cuya causación es permitida por el ordenamiento jurídico. Así, el art. 2553, que autoriza, sin consentimiento previo, la búsqueda de un tesoro en predio ajeno

siempre que se garantice todo daño al propietario del inmueble. Otro tanto cabe manifestar del art. 2618, en cuanto dispone la indemnización por las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o daños similares en inmuebles vecinos aunque mediare autorización administrativa para las mismas; o del art. 3077, que establece que quien, para edificar o reparar su casa, tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino puede obligar a este último a sufrirlo con la condición de satisfacer el perjuicio que se causare; y del art. 3082, que impone la obligación de otorgar servidumbre de acueducto en favor de la heredad, del pueblo o del establecimiento industrial que carezca de aguas necesarias, con el cargo de una justa indemnización en favor del predio sirviente. Como bien dice Vázquez Ferreyra (113), a quien seguimos en este análisis, los daños descriptos en las normas enunciadas nada tienen de "lícitos" o de "no injustos", o para decirlo más claramente no son daños "justos", como el inferido al agresor ilegítimo en la legítima defensa. Ello es así porque los damnificados pueden ser obligados a sufrir el daño pero no a que no se les resarza el mismo. La situación en la que permanece el dueño de un predio que ha sido profundamente excavado para buscar el tesoro (art. 2553) es antijurídica, injusta, por lo que debe reparársele el daño, a menos que él haya sustraído el tesoro y lo escondiera, en cuyo caso se podría invocar la falta de la víctima (conf. art. 1111). Lo mismo procede decir de las otras normas enumeradas. En definitiva, en los ejemplos citados encontramos actos perjudiciales lícitos, autorizados por el ordenamiento, que no pueden ser resistidos por las víctimas, pero que generan perjuicios injustos —situaciones antijurídicas—, los cuales deben ser debidamente indemnizados ya que los damnificados han sido ajenos o no dieron origen mediante una conducta antijurídica al acto lícito que ocasiona el daño. En cuanto al factor de atribución, entiendo que pueden invocarse la equidad y la solidaridad social y en el particular ejemplo del art. 3082, cuando el favorecido por la servidumbre —el "dominante" en los términos del art. 2973— sea un pueblo, considero que cabe argumentar, el principio de la igualdad ante las cargas públicas, ya que se ocasiona un daño a un particular en beneficio de la comunidad.

Pasamos ahora a tratar la causal de justificación del estado de necesidad. Esta causal, al igual que la legítima defensa, se encuentra legislada expresamente por el derecho penal pero no ha recibido regulación expresa en la legislación civil lo que explica que haya sido la doctrina penal y no la civil la que se haya ocupado con mayor extensión y profundidad de este instituto. Dentro de los civilistas, Zavala de González tiene en su haber un meduloso estudio orgánico del tema, al que hemos hecho referencia más arriba (114), analizando desde el derecho civil la responsabilidad por los daños causados en estado de necesidad. En este trabajo sólo nos proponemos bosquejar los aspectos más importantes de esta responsabilidad civil sin entrar en un análisis profundizado del instituto. El art. 34, inc. 3º del Código Penal consagra que no es punible quien causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño. Su naturaleza jurídica corresponde a la de una causal de justificación, esto es, el ordenamiento jurídico autoriza el acto necesario, lo ampara, lo considera lícito (115); el fundamento de la justificación radica en la desproporción de los males en juego en cuanto a que el que se ocasiona es menor que el que se evita, por lo que el ordenamiento considera tal conducta como axiológicamente valiosa (116). Una primera conclusión de la licitud del acto necesario es que quien sufre el mal menor, el damnificado, no puede oponerse legítimamente al mismo.

En cuanto a los requisitos del estado de necesidad, Zavala de González enumera: 1) la situación de necesidad creada por un mal mayor e inminente que amenaza un bien del agente o de un tercero y respecto del cual el autor o agente es extraño, es decir que no le es reprochable la causa de dicho mal (117); 2) el hecho necesario, consistente en la causación de un mal menor, lo que se evidencia en la lesión a un bien cuya titularidad es indiferente, siendo solamente exigible que no sea de dominio del propio agente, en cuyo caso se trataría de un acto de abnegación y no de estado de necesidad (118); 3) que exista una desproporción objetiva y racional entre el mal mayor que se evita y el menor que se ocasiona, haciendo la salvedad de que el estado de necesidad no puede amparar como mal menor la

lesión a la vida humana por cuanto no es posible considerar objetivamente inferior una vida frente a otra (119); 4) la necesidad del hecho para evitar el mal mayor (120) y 5) la finalidad del agente que debe obrar para evitar dicho mal mayor (121). Escapa al propósito de esta obra distinguir el estado de necesidad de otras instituciones jurídicas, solamente entendernos conveniente recordar lo expuesto en el apartado VI, en cuanto a la diferencia entre el daño involuntario por coacción o intimidación en el agente y el daño necesario. En el primer caso, recordamos que se trata de un acto antijurídico involuntario; en el segundo, estamos en presencia de un acto lícito autorizado por el ordenamiento jurídico. La intimidación es una causal de inculpabilidad y por ende de índole subjetiva; el estado de necesidad es una causal de justificación y de carácter objetivo, pues dicha objetividad radica en la desproporción entre los males en juego (122). La otra distinción —las hay más— que deseamos destacar es la del estado de necesidad respecto de la legítima defensa (123). Ambos institutos son causales de justificación, por lo que los actos defensivos y necesarios son de carácter lícito; sin embargo, los resultados o situaciones que se derivan de ellos son diversos. La víctima en la legítima defensa es el agresor ilegítimo y como tal le es reprochable el daño que se le ocasiona, por lo que es factible referirse al mismo como un "daño justo" o "situación lícita", mientras que el damnificado necesario es ajeno al mal mayor que se evita con la lesión a su bien; consecuentemente, si bien no le es dado oponerse legítimamente a sufrir el mal menor, resulta injusto no resarcirlo, su situación es antijurídica.

En cuanto a la reparación del daño, bien dice Orgaz que si el agente necesario ha ocasionado con su conducta, de alguna u otra forma, el mal mayor que se pretende evitar con el acto necesario, no estamos en presencia de un estado de necesidad, ya que faltaría la "ajenidad" con relación al mal inminente y por ende el agente resulta responsable del daño por dolo, culpa o algún eventual factor objetivo como el riesgo (124). Y si el damnificado necesario fue quien originó la situación de necesidad, no hay obligación alguna de

indemnizar ya que éste tampoco ha sido ajeno al mal mayor inminente, por lo que bien puede fundarse la situación en el art. 1111, tal como expresamos respecto de la legítima defensa. Bien dice Orgaz que los casos que plantean la especial reparación que se debe por el daño necesario son aquellos en los cuales existe un agente y un damnificado necesarios inocentes, es decir, ajenos a la situación de necesidad presentada, lo que involucra un "conflicto de intereses", porque aquí, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, sí tenemos dos intereses legítimos encontrados, por lo que ambos merecen protección para el ordenamiento jurídico (125). Debe recordarse que estarnos frente a un acto lícito, es decir, autorizado por el ordenamiento, por lo tanto al damnificado no le está permitido resistir el acto necesario. Dice Savatier, citado por Orgaz, que la necesidad justifica el acto de intromisión en bienes ajenos pero no justifica lo que no tiene nada de necesario, esto es, el desplazamiento de la incidencia definitiva del daño (126). El fundamento del resarcimiento del daño necesario reside en que el damnificado no tiene por qué contribuir con sus bienes a la salvación de bienes ajenos, no existe ninguna obligación legal ni conducta reprochable que lo haga pasible de tal contribución. Orgaz lo dice claramente: la necesidad individual no es por sí misma un título que obligue a la solidaridad (127). Por dicha razón, es esa misma solidaridad social como factor de atribución (128) la que ahora sí obliga al beneficiado por el acto necesario, sea o no el agente, a indemnizar al damnificado, ya que es de toda lógica que quien ha sido beneficiado por una solidaridad impuesta por la ley a quien no tenía obligación personal o legal alguna retribuya —indemnice— solidariamente el beneficio recibido mediante la reparación pertinente del daño ocasionado. Coincidimos con Vázquez Ferreyra y Zavala de González en que el obligado a resarcir, el responsable, debe ser el interesado o beneficiado necesario, sea o no el agente (129). En cuanto a la extensión de la reparación, compartimos la tesis amplia enunciada por Orgaz, para quien no hay razón para variar dicha solución, que expresamente está prevista para los supuestos de los arts. 2553, 3077 y 3082 (130), sin perjuicio de que es

factible prever una reducción equitativa de la reparación en virtud del art. 1069 (131).

Resta por tratar, con relación al daño necesario, si dicha responsabilidad halla regulación en nuestro sistema civil actual. Zavala de González entiende que en nuestra legislación civil vigente no existe posibilidad alguna de responsabilizar por el daño causado en estado de necesidad. Creernos que su posición es coherente con su opinión acerca de la imposibilidad de que un acto lícito tenga o genere consecuencias ilícitas, por lo que al tratarse de una responsabilidad ajena al principio general de la ilicitud o antijuridicidad, ésta debe estar expresamente contemplada por la ley, por lo cual, mientras no lo esté, no es posible fundarla en norma alguna del sistema actual (132). Consideramos, al igual que Vázquez Ferreyra, que existe antijuridicidad en la situación en la que permanece el damnificado mientras no se le repare el daño, sobre lo cual ya nos hemos exployado en el apartado IV, por lo tanto no considerarnos que deba existir una expresa excepción en la legislación. Al igual que el autor rosarino, consideramos que el principio del "empobrecimiento injustificado" sirve de cabal fundamento para esta responsabilidad, ya que dicho empobrecimiento es el reverso del "enriquecimiento injustificado" (133). Dicho principio no ha recibido tratamiento orgánico en la legislación pero está presente en numerosas normas del Código Civil, que sirven de fundamentación analógica para la indemnización del daño causado en estado de necesidad —v.gr., arts. 499, 784, 2301, 2302, 1165, 2588, entre otros—. Sin embargo, entendemos que el daño necesario genera una responsabilidad que no se agota en la acción in rem verso, ya que si se circunscribiera a ella, la reparación estaría limitada por el resultado benéfico obtenido por el interesado, lo que contradice la tesis de la reparación amplia a la que adheriéramos en el párrafo anterior. Es así que partiendo de que la situación en la que se coloca al damnificado es ilícita, antijurídica, encontramos que existe daño resarcible en los términos de los arts. 1068 y 1069, párr. 1º, del Código Civil. Se podrá argumentar que tales normas presuponen la existencia de un acto ilícito que ocasione

el daño (conf. arts. 1066 y 1067, CCiv.), en cuyo caso creemos que son de aplicación analógica en cuanto argumento fundante las normas de los arts. 2553, 3077 y 3082 del Código Civil, ya que las mismas prevén supuestos similares en cuanto a que se trata de actos lícitos, permitidos por el ordenamiento, pero causantes de daños injustos, de situaciones antijurídicas. Finalmente, diremos que la responsabilidad por el daño necesario es pasible de generarse en el ámbito contractual, en cuyo caso cabe también adherir a la tesis de reparación amplia sin circunscribirnos al supuesto del enriquecimiento sin causa —el que está expresamente previsto en el art. 895—, claro está con las limitaciones propias de la materia contractual en cuanto a la extensión del resarcimiento (conf. arts. 520 y 521. CCiv.) (134).

Para culminar con este apartado, nos referiremos a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, ámbito en el cual la jurisprudencia ha tenido mayores oportunidades de expresarse con relación a la responsabilidad por acto lícito. En el campo doctrinario han sido los administrativistas más que los civilistas quienes le han dedicado mayor atención a la cuestión y existe una profusa bibliografía sobre el tema. Obviamente no es el objeto de este trabajo realizar un estudio profundizado de la cuestión, que merece un tratamiento autónomo al igual que el daño necesario, por lo que nos limitaremos a cotejar el elemento antijurídico en este tipo de responsabilidad, sin perjuicio de hacer mención a sus características particulares. Ante todo cabe ubicar la responsabilidad del Estado por acto lícito dentro del capítulo más amplio de la responsabilidad del Estado. Aunque resulte una obviedad, debe partirse de que el Estado es responsable por todos sus actos en general, sin que existan en principio diferencias ni un régimen especial por tratarse del Estado, de otra persona jurídica o de una persona física, la que tenga que responder. Esto que nos parece una consecuencia natural del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), recién fue aceptado de manera conteste a partir de la década del 30 en nuestro país. Recuerda Marienhoff que la responsabilidad contractual del Estado, ya se tratara de contratos de derecho público o privado, era aceptada,

en cuanto la existencia de un vínculo contractual impone su cumplimiento y no su violación (135). Pero en el ámbito extracontractual se comenzó por admitir la responsabilidad estatal en el derecho privado, pero no en el público, como consecuencia del principio de que el Estado soberano no puede dañar —"the king can do not wrong"—, por lo que en este ámbito regía la irresponsabilidad del Estado y sus funcionarios (136). Hoy es pacíficamente aceptada la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, ya sea en el ámbito contractual y extracontractual, así se trate de su actuación en el derecho privado como en el público. Los fundamentos de la admisión de esta responsabilidad son la clara vigencia del principio de igualdad ante la ley, frente al cual no existe motivo alguno para privilegiar al Estado como una excepción a la regla, ya que los principios del Estado de Derecho someten tanto a los particulares como al propio Estado, que debe subordinarse al ordenamiento jurídico (137).

La distinción entre responsabilidad del Estado por su actuación en el derecho privado y en el derecho público, tan cara a la doctrina administrativista, no parece que tenga bases sólidas a la luz de lo expuesto respecto de los principios del Estado de Derecho que sirven de fundamento a la responsabilidad del Estado en general. La distinción apuntada se apoya en que el Estado, ya sea en su responsabilidad contractual como extracontractual, puede actuar como persona de derecho privado. Así, dice Cassagne que cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil su responsabilidad se rige por el derecho civil, mas si la causa generadora de la responsabilidad reside en la actuación del Estado dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de ésta, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aun cuando admite que pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad el art. 1112 del Código Civil (138). Así, según esta concepción, a modo de ejemplo habría responsabilidad contractual del Estado de derecho privado en caso de que no abone un alquiler por un inmueble que arrienda, y sería un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado de derecho

privado la colisión entre un rodado de propiedad estatal no utilizado en algún servicio oficial y otro vehículo que resulte dañado, en cuyo caso habría responsabilidad del Estado como dueño de una cosa riesgosa (art. 1113). En cambio, habría responsabilidad contractual de derecho público si el Estado no cumple con las obligaciones a su cargo en un contrato de concesión de un servicio público, por ejemplo, si no entrega en el plazo convenido las instalaciones necesarias para que el concesionario pueda comenzar a explotar el servicio. Y estaríamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual de derecho público si la autoridad competente clausura un local comercial con exceso en el ejercicio de sus funciones o, de acuerdo a lo dicho por Cassagne, si el rodado del Estado protagonista de un choque era utilizado en dicho momento en algún servicio oficial. Esto último se nos representa como un ejemplo de la sinrazón de la distinción señalada ya que, para la víctima del choque —claro está que no haya mediado falta por parte de ésta—le es indiferente que el rodado estatal estuviera en servicio —móvil policial de patrulla— o no, ya que el daño es el mismo. Esto nos lleva a considerar que el régimen de la responsabilidad estatal, ya sea que actúe como persona de derecho privado o público, no escapa a la teoría general de la responsabilidad y que aun cuando existan normas de derecho público que contemplen expresamente o fundamenten la responsabilidad del Estado, es aplicable siempre por analogía o en forma supletoria el derecho común. Esta posición es mayoritaria en la doctrina privatista y fue resumida en forma harto clara por Bueres en ocasión de un plenario de la Cámara Nacional Civil de la Capital 'Federal respecto de la prescripción de la acción por indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual lícita del Estado (139). En comentario a dicho fallo. Mosset Iturraspe manifiesta que la distinción de la responsabilidad del derecho público dentro del derecho de daños responde a diferencias que carecen de entidad suficiente y a posturas que bajo tal distingo pretenden otorgar un tratamiento más favorable al Estado respecto de otros sujetos responsables (140). En definitiva, si el fundamento de la evolución doctrinaria y jurisprudencial que giró desde la irresponsabilidad del Estado hasta hacerlo responsable tanto de sus

actos como persona de derecho privado como de los efectuados en el ejercicio de sus funciones públicas fue la vigencia de los principios del Estado de Derecho, el sometimiento del Estado al derecho y al principio de igualdad ante la ley, distinguir dicha responsabilidad de acuerdo con el ámbito de actuación del Estado, con las consecuencias correspondientes, en especial en materia de reducción de la extensión del resarcimiento, importa una rémora del equivocado principio de la infalibilidad del Estado y un privilegio, atenuado pero privilegio al fin, respecto de la señalada igualdad en el sometimiento a la ley.

Expuestos los motivos por los cuales consideramos que la responsabilidad del Estado no merece un estatuto diverso dentro de la teoría general de la responsabilidad, resulta más comprensible entender que, así como los particulares pueden ser responsables tanto por actos ilícitos como por actos lícitos, lo mismo cabe decir del Estado. Así, el Estado responde por actos ilícitos, ya sea en el ámbito de los contratos o de la responsabilidad aquiliana, como por actos lícitos también en los dos ámbitos, siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para que se genere la responsabilidad. Y tales presupuestos son los que enumeramos en el apartado II: antijuridicidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución. Nos abocaremos al análisis de los ribetes específicos que estos factores presen-tan en el tipo de responsabilidad que estamos examinando.

En cuanto a la antijuridicidad, debe recordarse que hablamos de actividad lícita del Estado porque la misma está autorizada, permitida por el ordenamiento. Es decir, de acuerdo con lo que expresáramos en apartados anteriores, existe una causal de justificación por la cual la actividad dañosa del Estado, al igual que si se tratara de los particulares, está justificada y consecuentemente el damnificado está obligado a soportar dicha actividad. Esto es la consecuencia natural de la existencia de una causal de justificación, sea que se ocasione un daño justo —legítima defensa, ejercicio de un derecho— o un daño injusto —estado de necesidad, supuestos de

los arts. 2553 o 3077—. No obstante haber dicho que la clasificación de la responsabilidad del Estado según resulte de actos de derecho privado o derecho público carece de entidad suficiente para extraer de ella consecuencias jurídicas relevantes, a los efectos del análisis de dicha responsabilidad, sí nos parece conveniente señalar que cuando hablamos de actividad lícita del Estado hacemos referencia a los actos ejecutados en virtud del cumplimiento de las funciones jurídico-políticas del poder estatal, ya sea la función administrativa, la legislativa o la judicial, es decir que ubicamos a esta responsabilidad dentro de la actuación del Estado en el derecho público. Esto no significa negar la posibilidad de que el Estado actúe lícitamente en el sector del derecho privado. Así, en el área de la responsabilidad contractual al Estado le cabe como a los particulares el ejercicio del derecho de incumplir su prestación en virtud del art. 1201 del Código Civil. Y en el sector extracontractual, al Estado como propietario le asiste el ejercicio del derecho que resulta de los arts. 2516 y 2517, aunque de ello derive un daño, justo en estos casos. Si nos referimos a daños injustos ocasionados por actividad lícita podría darse el supuesto del art. 3077, en el que sea el Estado el propietario que tenga la necesidad de edificar y la obligación de indemnizar el perjuicio; o en la hipótesis del art. 3082, si el "dominante" es un pueblo, bien puede el Estado comunal exigir la servidumbre de acueducto también con el cargo de la debida indemnización. Como se puede apreciar, la actividad lícita del Estado es susceptible de ejercerse cuando actúa como sujeto de derecho privado, ya sea en el ámbito contractual o extracontractual, y tanto cuando origine "daños justos" o "daños injustos", en cuyo caso será responsable como lo son los particulares. Resulta claro que cuando se habla de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, no se hace referencia a "toda" su actividad lícita, sino a aquella que se desempeña en ejercicio de las funciones del poder estatal. Usualmente, se hace referencia a la actuación administrativa del Estado, sin embargo, ello obedece a que evidentemente es la actividad desarrollada en dicha función la que genera mayores contactos, y por ende mayores eventuales daños, con los particulares (141). Pero ello no impide a que la actividad lícita del Estado genere

daños que se tengan que resarcir por cumplimiento de la función legislativa —un cambio de legislación que afecte derechos adquiridos, como el citado fallo "Cantón" en la nota 45—, o de la función judicial —una orden judicial que ordena allanar una vivienda de un tercero inocente donde se ocultan delincuentes y como consecuencia del allanamiento se ocasionan daños a la misma— (142).

Una vez aclarado que cuando nos referimos a la responsabilidad por actividad lícita del Estado nos circunscribimos a la actividad lícita que se ejecuta en cumplimiento de las funciones jurídico-políticas del poder estatal, fluye naturalmente que estamos frente a una causal de justificación en cuanto los actos referidos son lícitos porque hacen a la competencia de los órganos estatales titulares de dichas funciones. Bien lo explica Bidart Campos (143) al expresar que el poder del Estado se ejerce por hombres y a tales hombres se les llama órganos, componiendo el conjunto de los mismos el gobierno y los órganos tienen un área de competencia que es la asignación de "su" función a cada órgano, la que involucra un conjunto de atribuciones y facultades. Y continúa diciendo el prestigioso constitucionalista que el uso del poder "fuera" de la competencia provoca exceso o abuso de poder y el uso del poder "dentro" de la misma pero con un "fin" distinto importa desviación de poder, agregando que dentro de la competencia hay facultades como obligaciones constitucionales, es decir, competencias de ejercicio potestativo u obligatorio (144). Como se puede apreciar existe una fuerte analogía entre la causal de justificación prevista en el art. 1071 del Código Civil —ejercicio regular de un derecho y cumplimiento de una obligación legal— con la causal de justificación que legitima la actividad lícita del Estado, que bien podríamos denominar ejercicio regular de una competencia, ya sea potestativa u obligatoria. La analogía es tan evidente que también aquí encontramos la posibilidad de exceso, abuso o desviación de competencia, en cuyo caso estaríamos frente a una actividad ilícita al igual que el exceso y abuso de derecho o cumplimiento de una obligación ilegítima. Esto no significa que la competencia de los

órganos estatales sea un derecho subjetivo de los mismos porque en principio el Estado no es titular de derechos (145), pero ello no obsta a que a los efectos de la consideración de la causal de justificación pertinente entendamos que el ejercicio de la competencia opere de la misma manera que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal. Sí debe distinguirse que la fuente normativa de esta causal de justificación es directamente constitucional, ya que en la parte orgánica en general y en los artículos que establecen las atribuciones de cada órgano en particular (arts. 75, 99 y 116 a 119 de la Constitución Nacional en lo referente al Estado nacional) se atribuyen las competencias respectivas, sin perjuicio de que en un grado inferior, normas legislativas o administrativas, puedan precisar el contenido de las mismas. Ahora bien, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal, como vimos en el apartado precedente, generalmente no producen un "daño injusto" por lo que no originan responsabilidad alguna. Pero a veces sí, como vimos al inicio de este apartado al considerar las normas de los arts. 2553, 2618, 3077 y 3082. Creemos que como se advertiera en tales normas, la actividad que el Estado realiza a través de sus órganos en cumplimiento regular de las competencias constitucionales atribuidas a éstos comprende lógicamente actos lícitos, autorizados y a veces (Hilados por el ordenamiento jurídico, y en el más alto nivel de éste, pero ello no empece a que tales actos puedan generar situaciones antijurídicas. daños injustos. Y si la causal de justificación encuentra su fundamento normativo en la Constitución, es comprensible que la antijuridicidad de la situación o perjuicio que se origina también tenga base constitucional. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina que en forma mayoritaria acepta la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se fundamenta en el principio de la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 in .fine de la Constitución Nacional) (146). Creemos que se puede esclarecer lo expuesto con la siguiente consideración. Si el ordenamiento constitucional asigna determinadas competencias a los órganos estatales, lo hace en función de los postulados enunciados en el Preámbulo de la misma, entre los cuales se destaca el bienestar general, que en terminología

tomista es el bien común como fin del Estado. Y en el bien común los hombres recogen su propio bien particular. "participan" del bien común, el que "se distribuye" entre ellos, lo que conlleva a que todo lo que es común —bienes y males— se reparte entre los mismos (147). Consecuentemente, el individuo recibe algo del bien común, de acuerdo con el lugar que ocupa en la sociedad, o soporta las cargas según la misma igualdad de proporción (148). Se aprecia así que existe una razón filosófica, de filosofía política, que da sustento al principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas contenido en el art. 16 in fine de la Constitución Nacional. En forma coincidente con el razonamiento que hemos desgranado, dice Mosset Iturraspe que "el fundamento ético y teórico de la indemnización (de los daños derivados de actos lícitos de la Administración) se busca en un principio de justicia distributiva, según el cual la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno solo" (149). Si realizarnos un cotejo con el fundamento filosófico de la justicia del resarcimiento del daño necesario, se puede decir que en el estado de necesidad existe una razón de "justicia conmutativa", ya que la persona que se ve beneficiada por el perjuicio debe reparar a la damnificada por el mismo; mientras que tratándose de daños causados por la actividad lícita del Estado el principio es de "justicia distributiva", ya que la beneficiada es toda la comunidad pero el perjudicado es un individuo o un grupo menor a la sociedad toda. Y entonces volvemos al argumento de la situación antijurídica que desarrolla Vázquez Ferreyra. El acto es lícito, está amparado constitucionalmente ya que el ordenamiento en el máximo nivel otorga, y a veces obliga, a los órganos estatales a desempeñar determinadas competencias. Pero ello no obsta a que el mismo ordenamiento, en el mismo nivel constitucional, sea contradicho por la situación que genera el acto, en tanto importa una violación al precepto de la igualdad ante las cargas públicas. Y reiteramos que esto no implica infringir el concepto objetivo y unitario de la antijuridicidad, porque se trata de dos realidades distintas que son valoradas por el derecho no en función de quien realiza el acto —la

licitud de los actos no surge de que el agente sea el Estado, sino de que éste obre dentro de sus competencias—, sino atendiendo a la relación del damnificado con el perjuicio que se le ocasiona, relación que debe ser de ajenidad en cuanto no dio ocasión con su accionar a la intervención del Estado, de allí que su situación a posteriori de dicha intervención sea reputada antijurídica. Para finalizar con el terna de la antijuridicidad, creemos clarificar lo expuesto con un ejemplo. Si el Estado se ve obligado a "derivar" aguas provenientes de una inundación por un fenómeno natural a fin de "salvar" a una población, el propietario del campo hacia el cual se derivan las aguas tiene derecho a ser indemnizado. Más si la inundación fue provocada por ese mismo propietario quien obstruyó con obras la "natural" corriente de las aguas, bien puede invocarse el art. 1111 como eximente de responsabilidad por parte del Estado. En cuanto a la relación de causalidad, Marienhoff considera que debe existir una relación directa e inmediata de "causa a efecto" (150). Más allá del alcance que se le pueda otorgar al término "directo e inmediato", no entendemos que deba exigirse un nexo causal más fuerte que el requerido en la responsabilidad en general, habiendo dicho que lo acertado es calificar a dicho nexo como adecuado. Exigir un nexo más íntimo en el tipo de responsabilidad que estudiamos importa "beneficiar" al Estado responsable no existiendo razones jurídicamente trascendentes -para dicha solución. El factor de atribución es el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas, el cual es obviamente de índole objetiva. Adherimos así a lo opinado por Vázquez Ferreyra (151) y consideramos que con lo razonado en el párrafo que antecede hemos reforzado esta opinión. Resta tratar el presupuesto del daño, el que presenta ciertas aristas de controversia. La mayoría de la doctrina administrativista entiende que el resarcimiento en estos casos no debe ser integral o amplio, en parte fundada por la analogía que encuentran entre esta responsabilidad y los principios que rigen el instituto de la expropiación. Así, explícitamente dice Cassagne que es justo —en cuanto a los daños causados por actuación estatal legítima— que la reparación deba limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la

expropiación, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas (152). Entendemos que más allá de las analogías que puedan encontrarse con el régimen expropiatorio, lo cierto es que sobre este instituto existe una regulación legal expresa —ley 21.499—, mientras que no la hay para la responsabilidad del Estado por su actividad lícita en general, por lo que deben aplicarse las normas del derecho común, amén de que los principios constitucionales lejos de fundar una limitación en la reparación la refuerzan. En efecto, del principio de igualdad ante las cargas públicas se deriva que toda la comunidad debe contribuir en forma proporcional y razonable para la satisfacción de las necesidades públicas, y ello se efectiviza a través de las contribuciones que prevé el art. 4º de la Constitución Nacional, las que son impuestas por el Congreso, no pudiéndose exigir otro servicio personal, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley (art. 17). Por lo tanto, si se supone que el damnificado contribuye tributariamente a solventar las necesidades generales, toda otra merma o disminución que sufra en su patrimonio que no esté establecida expresamente en la ley no debe ser soportada por él. En términos coincidentes, Guastavino expresa que existen numerosas especies de actividad estadual lícita lesiva indemnizable, que si bien presuponen normas expresas o tácitas que les confieren licitud, no están dotadas de regímenes normativos propios o completos, por lo que los problemas que plantean hallan solución aplicando cláusulas constitucionales, principios generales y aun disposiciones análogas (153). Cassagne argumenta que si se le reconocen otros rubros más allá del daño emergente se produciría un beneficio para el particular por causa de utilidad pública (154). Disentimos con dicha opinión por cuanto si la actividad lícita estatal produjo un perjuicio al particular —ya sea daño emergente, lucro cesante, daño moral, etc.— su reparación nunca puede ser interpretada como un enriquecimiento injustificado, sino como la recomposición de su situación al estado anterior al acto dañoso. Para reforzar los conceptos expuestos, consideramos que pueden existir supuestos en los cuales el perjuicio originado consista solamente en rubros ajenos al daño emergente, como el lucro cesante del propietario de una

playa de estacionamiento ubicada en una arteria posteriormente incluida en un área peatonal. Barra, en una posición más amplia, entiende que deben repararse todos los daños que sean consecuencias inmediatas atento la ausencia de cualquier reproche subjetivo, por lo que no debe descartarse la reparación del lucro cesante (155). Como dijéramos, creemos que no existen motivos para apartarse de los principios generales del derecho común, por lo que se deberán reparar las consecuencias inmediatas y necesarias sólo en caso de responsabilidad contractual, pero en la extracontractual el resarcimiento alcanzará también las mediatas. Puntualmente, respecto del resarcimiento del lucro cesante en un supuesto de responsabilidad contractual, la Corte Suprema hizo lugar al mismo arguyendo que no eran aplicables analógicamente las normas y principios de la expropiación ya que la misma supone una restricción mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a expropiación (156). En el referido caso se trataba de una revocación de un contrato administrativo por razones de oportunidad, por lo que existía un acto lícito dañoso dentro del ámbito contractual (157). En síntesis, entendemos que no hay razones suficientes para apartarse de los principios generales del derecho común al momento de evaluar la extensión del resarcimiento en este tipo de responsabilidad. y en muchos casos cuando se quiere "limitar" la reparación al "daño directo", creemos que "flota" una confusión con el problema de la causalidad, la que repetimos debe ser adecuada, no procediendo el requerimiento de un nexo más íntimo que se aparte de las reglas comunes para la responsabilidad en general.

Por último, es dable referirnos a ciertas características de esta especie de responsabilidad. En las 111 Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil celebradas en 1986 se dictaminó que este tipo de responsabilidad es directa y objetiva (158). La objetividad resulta evidente por la condición del factor de atribución que es el principio de igualdad ante las cargas públicas. Y el carácter directo deriva de la circunstancia de que los órganos estatales carecen de personalidad jurídica, que corresponde al Estado, por lo que al actuar aquéllos,

actúa éste directamente (159). Finalmente, cabe aclarar que la responsabilidad del Estado por su actividad lícita ha recibido especial atención por parte de la doctrina en el ámbito aquiliano, mas la misma es susceptible de manifestarse en el contractual, como lo hemos verificado en el fallo de la Corte citado en el párrafo anterior, siendo en efecto el caso más corriente el de las revocaciones o rescisiones administrativas de contratos de la misma índole sin culpa del contratista y por razones de oportunidad o conveniencia (160).

IX. Conclusiones

Nos parece conveniente culminar este trabajo efectuando una suerte de resumen de los conceptos que consideramos más fundamentales —en el sentido de básicos—, aunque no por ello los más importantes de todo cuanto hemos tratado de reflexionar en los apartados precedentes. A tal efecto, y sin que implique un catálogo completo de conclusiones, haremos una enumeración de tales conceptos, tal como se expone a continuación.

1) Los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil son: la antijuridicidad, el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad. Podría agregarse como un primer presupuesto fáctico el acto humano, pero su consideración a los efectos de la responsabilidad es irrelevante porque queda subsumido en el análisis del nexo causal, el cual quedará interrumpido si no medió autoría.

2) La antijuridicidad importa contradicción, disconformidad con el ordenamiento jurídico en general. Ésta es de carácter objetivo, ya que no depende de la situación personal del agente, y de carácter unitario por cuanto no existen distintas antijuridicidades de acuerdo con cada rama del ordenamiento sino que una realidad es antijurídica respecto de todo el ordenamiento, es decir, para todas sus ramas.

3) En el supuesto de los actos lícitos, existe conformidad de la acción con el ordenamiento jurídico. Como la regla en la responsabilidad civil es que no se debe dañar a otro, en los actos lícitos dañosos se da siempre una causal de justificación que permite

ocasionar ese daño, por lo que el acto es conforme al ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no impide a que el resultado que deriva de dicho acto pueda ser contradictorio con el ordenamiento jurídico y en consecuencia se trate de una situación antijurídica, situación que se reputa de la víctima. Esta conclusión no infringe la objetividad de la antijuridicidad porque no toma en cuenta la situación personal del agente, así como tampoco contradice su unidad ya que se trata de un "sector" de la realidad distinto al acto que lo origina, por lo cual no hay dualidad de antijuridicidades de acuerdo con las distintas ramas del derecho.

4) Existen hipótesis de "aparentes" actos lícitos que engendran daños por los que se debe responder, pero en realidad se trata de supuestos de responsabilidad por actos ilícitos. Así ocurre con la responsabilidad por riesgo, por el deber legal de garantía —en cuyo caso lo relevante es si el acto que se garantiza origina responsabilidad, sea lícito o ilícito—, por abuso o exceso de derecho y con el cumplimiento irregular de una obligación, lo cual comprende la obediencia a una orden ilegítima.

5) Los actos involuntarios no son lícitos per se, ya que su condición de tales no depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico sino de la situación del agente en cuanto a su obrar sin discernimiento, intención ni libertad. De allí que la responsabilidad por este tipo de actos reconoce un factor de atribución objetivo: la equidad.

6) Los actos lícitos en cuanto originan situaciones que no son contradictorias con el ordenamiento jurídico, en cuanto causan "daños justos", no generan responsabilidad. Las distintas hipótesis de tales actos, es decir, las causales de justificación, importan de una u otra forma el ejercicio regular de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal (art. 1071), involucrando como "especies" diferenciables la acción directa, el consentimiento del damnificado y la legítima defensa. En todos estos supuestos la irresponsabilidad del agente se encuentra en el fondo ligada a una conducta anterior de la

víctima (conf. art. 1111) que justifica el proceder dañoso por lo que la licitud del acto también se presenta en la situación que genera.

7) Finalmente, encontrarnos actos lícitos, es decir, conformes, autorizados, permitidos por el ordenamiento jurídico, que originan situaciones antijurídicas, "daños injustos", ya que el damnificado es completamente ajeno al acto dañoso. No obstante ello, por tratarse de actos lícitos, los debe soportar, tolerar, más tiene derecho a que se le repare el daño, dada la injusticia de la situación que se le ocasionará. En ellos también hay una causal de justificación que es lo que impregna de licitud al acto. Cuando hablarnos de responsabilidad por acto lícito, nos referimos a este tipo de actos, radicando así la antijuridicidad en el resultado creado. Entre los supuestos que caen bajo este tipo reunimos distintos casos expresamente previstos en normas aisladas del Código Civil (arts. 2553, 2618, 3077 y 3082), que en puridad importan ejercicio de un "derecho a dañar" pero "condicionado" a reparar el daño: el estado de necesidad y la actividad lícita del Estado en cuanto produce quiebres a la igualdad que debe existir entre las situaciones de los ciudadanos ante las cargas públicas impuestas por dicha actividad.

Bibliografía

- (1) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Responsabilidad por daños (Elementos). Depalma, Buenos Aires. 1993. p. 124.
- (2) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., ps. 43/44.
- (3) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., ps. 111/113.
- (4) Conf. BUERES. Alberto. El acto ilícito. Hammurabi. Buenos Aires, 1986, p. 31.
- (5) Conf. BUERES. A. El acto...cit... ps. 46/47. y PALMERO, Juan Carlos. El daño involuntario. Astrea. Buenos Aires.: 1973. ps. 32/33.
- (6) Conf. BUERES. A. El acto...cit... ps. 43

- (7) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 119.
- (8) Ver BUERES. A. El acto...cit... ps. 30
- (9) Ver en BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1973. 2º ed. p. 52.
- (10) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 131.
- (11) Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 173 y 178.
- (12) Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 193 y ss.
- (13) Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 219, 220 y 223.
- (14) Ver ORGAZ, Alfredo, La ilicitud. Lerner, Córdoba-Buenos Aires. 1974. p. 19: VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 129: ZAVALA DE GONZÁLEZ. Matilde. Responsabilidad por el daño necesario, Astrea. Buenos Aires. 1985, ps. 5 y 140: PIZARRO. Ramón D., Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. 1ºed. Hammurabi. Buenos Aires, 1991. ps. 143/144.
- (15) Ver TALE, Camilo, "El concepto de antijuridicidad". ED 111-899 y ss.
- (16) TALE, C., "El concepto..." cit...ps. 903/904.
- (17) Ver citas de BUERES y LÓPEZ Olaciregui en VÁZQUEZ FERREYRA, R., Responsabilidad ... cit., ps. 137/139.
- (18) TALE, C., "El concepto..." cit...ps. 906/907.
- (19) Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 136. BUSTAMANTE ALSINA, Teoría... cit... p. 76, nro. 176. ORGAZ, A., La ilicitud...cit. p. 20. ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la ilicitud" JA 1981-IV-733/734. PIZARRO, R. D. Responsabilidad... cit... ps 143/147.
- (20) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Reflexiones... cit., ps. 740/742.
- (21) Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., ps. 127/128.

- (22) Ver ORGAZ, Alfredo, La ilicitud, cit., p. 47.
- (23) ORGAZ, Alfredo, La ilicitud, cit., p. 49/50.
- (24) ORGAZ, Alfredo, La ilicitud, cit., p. 34/35.
- (25) ORGAZ, Alfredo, La ilicitud, cit., p. 154.
- (26) Ver en BUSTAMANTE ALSINA, Teoría..., cit., ps. 116/118.
- (27) BUSTAMANTE ALSINA, Teoría..., cit., p. 118.
- (28) Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Indemnizaciones de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos lícitos". LL 1979-C-220.
- (29) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Responsabilidad por el daño necesario. Astrea, Buenos Aires, 1985. Ps. 138/140.
- (30) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., Responsabilidad... cit., p. 139.
- (31) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., Responsabilidad... cit., p. 140.
- (32) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., Responsabilidad... cit., ps. 155/158.
- (33) Ver BUERES, Alberto. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta, en Derecho de daños. Homenaje a Mosset Iturraspe. La Rocca. Buenos Aires. 1989, ps, 158 y ss.
- (34) AGOGLIA, María M. BORAGLIA. Juan C. MEZA, Jorge A., Responsabilidad por hecho ajeno. Depalma. Buenos Aires, 1995 ps. 89/90.
- (35) Ver HUBERMAN, Carlos. "Lo ilícito y la conducta antijurídica en la responsabilidad civil". LL 138-85/57.
- (36) Ver TALE, C.. "El concepto...-. cit., ps. 904/907.
- (37) Huberman hace referencia a la situación en la que queda la víctima como un segmento posterior al daño.
- (38) Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., ps. 139/140.
- (39) TALE, C.. "El concepto. cit., p. 904
- (40) TALE, C.. "El concepto...-. cit., ps. 906/907
- (41) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., Responsabilidad por el daño necesario. cit., ps. 138/140.

- (42) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., Responsabilidad... cit., p. 156.
- (43) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., Responsabilidad... cit., p. 131.
- (44) Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., ps. 154 y 164/165.
- (45) Ver Corte Sup., 15/5/1979. "Cantón. Mario v. Gobierno Nacional... LL 1979-C-219.
- (46) Ver BIDART CAMPOS, Germán. Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Ediar. Buenos Aires, 1994. T. I. ps. 139/140.
- (47) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, Responsabilidad por riesgo. 2º ed., Hammurabi. Buenos Aires. 1997. ps. 195 y ss.
- (48) PIZARRO. Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa, Universidad. Buenos Aires. 1953. ps. 14/15.
- (49) Ver ZANNONI. El daño en lo responsabilidad civil, Astrea. Buenos Aires. p. 7, según cita de PIZZARO, Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. cit., p. 151.
- (50) VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit., p. 144.
- (51) BUSTAMANTE: ALSINA. Teoría...cit., p. 78.
- (52) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI. Aída, Daños causados por los dependientes, Hammurabi. Buenos Aires. 1992. ps. 27/29.
- (53) MOSSET ITURRASPE. "Daños derivados de actos lícitos de la administración". JA 1975-28-350.
- (54) BUERES. A., El acto.... cit., p. 63.
- (55) ZAVALA DE GONZÁLEZ. Responsabilidad por riesgo, cit., p. 36.
- (56) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Responsabilidad...cit. ps. 60/61.
- (57) BUERES. A.. El acto... cit., ps. 63/64.
- (58) AGOGLIA, María M. BORAGLIA. Juan C. MEZA, Jorge A., Responsabilidad..., cit., ps. 91/94.
- (59) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., ps. 102/103.
- (60) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., ps. 49/50.
- (61) BUSTAMANTE ALSINA, Teoría..., cit., p. 362.

- (62) Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., Responsabilidad... cit., ps. 132/133.
- (63) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., ps. 68/69.
- (64) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., ps. 204.
- (65) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., ps. 205.
- (66) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., p. 205.
- (67) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., p. 208.
- (68) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., p. 209.
- (69) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., ps. 209-210.
- (70) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo. T. III-B. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970, p. 232.
- (71) ORGAZ, A., La ilicitud, cit., p. 210.
- (72) ZAVALA DE GONZÁLLZ. "Reflexiones sobre la ilicitud". cit., p. 734.
- (73) Según cita de SOLER. Derecho penal argentino, t. I. Tea. 1987. p. 392. en VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad.... cit. pág. 136.
- (74) PALMERO, J. C., El daño..., cit., ps. 31-33.
- (75) VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad..., cit., p. 135.
- (76) Ver opinión de MOSSET DE ESPANÉS en su comentario bibliográfico a la obra La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. de ZAVALA DE GONZÁLEZ en JA 1981-11-826.
- (77) PALMERO, J. C., El daño..., cit., p. 40.
- (78) PALMERO, J. C., El daño..., cit., p. 43/50.
- (79) PALMERO, J. C., El daño..., cit., p. 44/45.
- (80) BUERES, A. El acto..., cit., p. 43.
- (81) PALMERO, J. C., El daño..., cit., p. 45.
- (82) PALMERO, J. C., El daño..., cit., ps. 46/47.
- (83) PALMERO, J. C., El daño..., cit., ps. 48/49.
- (84) Ver BUERES, A. El acto..., cit., p. 43.
- (85) PALMERO, J. C., El daño..., cit., ps. 50/51.
- (86) BUERES, A. El acto..., cit., ps. 30 y 43, ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Reflexiones sobre la ilicitud". cit., ps. 736/737.
- (87) PALMERO, J. C., El daño..., cit., p. 56.
- (88) PALMERO, J. C., El daño..., cit., p. 58.

- (89) PALMERO, J. C., El daño..., cit., p. 62.
- (90) VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad..., cit. ps. 154/155.
- (91) ZAVALA DE GONZÁLEZ. "El daño necesario". cit. ps. 203/204.
- (92) VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad..., cit. ps. 153/155.
- (93) ZAVALA DE GONZÁLEZ. "El daño necesario". cit. ps. 204/205.
- (94) Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R. Responsabilidad... cit. p. 155. y ZAVALA DE GONZÁLEZ. "El daño necesario". cit. ps. 169.
- (95) ZAVALA DE GONZÁLEZ. "El daño necesario". cit. p. 206.
- (96) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 61/62.
- (97) ORGAZ. A. La ilicitud cit. ps. 64/65.
- (98) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 66/67.
- (99) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 187/188.
- (100) BUSTAMANTE ALSINA. Teoría..., cit. ps. 118/119.
- (101) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 188/189.
- (102) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 196/202.
- (103) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 158/159.
- (104) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 160/161.
- (105) BUSTAMANTE ALSINA, Teoría..., cit., ps. 242 y 252/253.
- (106) Ver apartado V.
- (107) ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 110/111.
- (108) Ver ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 112/113.
- (109) Ver ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 117.
- (110) Ver ORGAZ. A., La ilicitud, cit., ps. 118/121.
- (111) ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad por el daño necesario", ps. 110. nota 7.
- (112) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad por el daño necesario", ps. 59/63.
- (113) VÁZQUEZ FERREYRA, R., Responsabilidad. ... cit. ps. 145/148.

- (114) ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Responsabilidad por el daño necesario", ya citado.
- (115) Ver ORGAZ, A., La ilicitud. cit., ps. 136/140.
- (116) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Responsabilidad por daño necesario". ps. 99/102.
- (117) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit., ps. 10/30.
- (118) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 30/36.
- (119) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 39/45 y 55/64.
- (120) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 69/77.
- (121) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 77/81.
- (122) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 112/113.
- (123) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 108/110.
- (124) Ver ORGAZ. A., La ilicitud. cit. p. 148.
- (125) Ver ORGAZ. A., La ilicitud. cit. p. 148.
- (126) Ver ORGAZ. A., La ilicitud. cit. p. 154.
- (127) ORGAZ. A., La ilicitud. cit. p. 154.
- (128) Ver en VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad. cit., p. 155.
- (129) VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad... cit., p. 155, y ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 165/169.
- (130) ORGAZ. A., La ilicitud. cit. p. 154.
- (131) Ver ORGAZ. A., La ilicitud. cit. p. 155; VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad... cit., p. 155, y ZAVALA DE GONZÁLEZ. "Responsabilidad...". cit. ps. 172/173.
- (132) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, Responsabilidad. cit., ps. 155/164.
- (133) Ver en VÁZQUEZ FERREYRA. R., Responsabilidad. cit., ps. 154/155.

- (134) Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, Responsabilidad. cit., ps. 199/203.
- (135) MARIENHOFF, M. S. Tratado de derecho administrativo, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1973. p.691.
- (136) MARIENHOFF, M. S. Tratado.... cit., ps. 692/691
- (137) Ver MARIENHOFF, M. S. Tratado.... cit., ps. 698/702 y VÁZQUEZ FERREYRA, R., Responsabilidad.... cit., p. 156.
- (138) Ver CASSAGNE, Juan Carlos. "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", ED 99-941.
- (139) C. Nac. Civ. en pleno, 3/3/1988. "Ricci, Carlos v. Municipalidad de la Capital", JA 1988-II-347.
- (140) MOSSET ITURRASPE. "La prescripción de la acción por indemnización derivada de la actividad extracontractual lícita del Estado. ¿Responsabilidad o expropiación?" JA 1988-II-360.
- (141) Ver MARIENHOFF, M. S. Tratado de derecho administrativo, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1973. p.725/726.
- (142) Con relación a la responsabilidad del "Estado-legislador" y del "Estado-juez". ver MARIENHOFF, M. S. Tratado.... cit., t. IV. ps. 733/773.
- (143) BIDART CAMPOS, G., Tratado elemental... cit. T. II p. 9.
- (144) BIDART CAMPOS, G., Tratado elemental... cit. T. II ps. 9/10.
- (145) Ver BIDART CAMPOS, G., Tratado elemental... cit. p. 10.
- (146) Ver citas jurisprudenciales y doctrinarias en VÁZQUEZ FERREYRA, R., Responsabilidad.... cit., ps. 161/165.
- (147) Ver BIDART CAMPOS, G., Derecho político, 2º ed., Aguilar Buenos Aires. 1967. p. 285.
- (148) Ver BIDART CAMPOS, G., Derecho político, cit. p. 285.
- (149) Ver MOSSET ITURRASPE. "Daños derivados de actos lícitos de la Administración". JA 1975-28-351.
- (150) Ver MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., t. IV, p. 709.
- (151) VÁZQUEZ FERREYRA, R., Responsabilidad.... cit., ps. 213/214.
- (152) CASSAGNE, J. C., En torno...". cit., p. 942.

- (153) Ver GUASTAVINO, Elías P. "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado" ED-118-204.
- (154) CASSAGNE, J. C., En torno...". cit., ps. 942-943.
- (155) BARRA, Rodolfo Carlos. "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos" ED 142-937.
- (156) Ver Corte Sup., 20/9/1984. "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SA v. Dirección Nacional de Vialidad", ED 111-550/559.
- (157) Ver BARRA, R. C. "Responsabilidad...", ps. 938/940.
- (158) Ver VÁZQUEZ FERREYRA. R. Responsabilidad... cit. p. 159.
- (159) Ver MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., t. I, ps. 494/495.
- (160) Ver GUASTAVINO. E. R. "Indemnizaciones...", cit., ps. 204/205.

Relaciones entre la función de los partidos políticos, su financiamiento y los derechos constitucionales

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: El Reporte N° 20 (noviembre 2009), p. 15-18.
[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

1) Introducción - 2) El criterio de “representatividad” en las leyes 23298 y 26215 - 3) El Estado, los grupos parciales y los partidos políticos - 4) Las funciones de los partidos políticos en el sistema democrático - 5) Relación entre los fines y las funciones de los partidos políticos, la distribución de los fondos a los mismos y los derechos constitucionales.

1) Introducción

La lectura del Anteproyecto de Ley de Partidos Políticos para el ámbito provincial elaborado por el Dr. Juan Loup Gerber y Elena Regojo, publicado en el número de junio de este año de El Reporte, me motivó a desempolvar algunas ideas críticas referentes a la distribución de los fondos y espacios de publicidad por parte del Estado a favor de los partidos políticos, y que publicara en alguna ocasión (1). Para ello me basé en el análisis de la Ley 23298 y la posteriormente sancionada Ley 26215 que modifica en los aspectos que aquí interesan a la anterior. Ambas leyes se basan en el principio de la “representatividad” para guiar la distribución aludida, si bien en la última de las normas mencionadas se ha introducido una leve atenuación de dicho principio. Entiendo que el punto decisivo para analizar la corrección o “justicia” de la distribución implementada

radica en considerar la relación que existe entre las funciones de los partidos políticos, que como veremos están íntimamente ligadas a ciertos derechos constitucionales, tanto de los ciudadanos como de los mismos partidos políticos, y la distribución de los mentados fondos y espacios publicitarios. La idea a desarrollar es que el criterio de “representatividad” no resulta adecuado para guiar esa distribución, ya que, en muchos aspectos, distorsiona tales funciones y derechos constitucionales. Dado que el anteproyecto reitera parcialmente el esquema de la legislación nacional, encuentro interesante volver a repasar estas cuestiones con la intención de postular el debate y no, desde ya, para demérito del ante proyecto citado, cuyo texto en general resulta por demás positivo.

2) El criterio de “representatividad” en las leyes 23298 y 26215

El art. 46 de la ley 23298 en la parte que aquí nos interesa establece: “Créase el Fondo Partidario Permanente con la finalidad de proveer a los partidos reconocidos de los medios económicos que contribuyan a facilitarles el cumplimiento de sus funciones institucionales....Al tiempo de iniciarse una campaña para elecciones nacionales, los partidos reconocidos percibirán cincuenta centavos de austral, por cada voto obtenido en la última elección. Del monto que corresponda, se distribuirá directamente el ochenta por ciento (80%) a los organismos partidarios de distrito y el veinte por ciento (20%) restante a los nacionales...”. Es decir que en el caso concreto de tener que solventar los gastos de campaña, se toma en cuenta el número de votos obtenidos en la última elección, lo cual refleja el grado de “representatividad” del partido respecto del conjunto de la sociedad con mayor cercanía en el tiempo. En el primer párrafo de la norma queda explicitado el objetivo de la creación del referido fondo, esto es facilitar que los partidos políticos puedan cumplir con sus funciones institucionales, funciones que indagaré en el próximo punto.

La ley 26215 ha efectuado una tenue modificación a este criterio de distribución. Citaré las normas que encuentro conducentes a los fines de este trabajo. El art. 5 dispone: “Financiamiento público.

El Estado nacional contribuirá al normal funcionamiento de los partidos políticos reconocidos en las condiciones establecidas en esta ley.

Con tales aportes los partidos políticos podrán realizar las siguientes actividades: a) desenvolvimiento institucional, b) capacitación y formación política, c) campañas electorales generales. Se entiende por desenvolvimiento institucional todas las actividades políticas, institucionales y administrativas derivadas del cumplimiento de la ley 23298, la presente ley y la Carta Orgánica Partidaria, así como la actualización, sistematización y divulgación doctrinaria a nivel nacional o internacional”. Esta norma ratifica, como no podía ser de otra manera, que el financiamiento público de los partidos políticos tiene como finalidad el normal desenvolvimiento de sus funciones, dentro del marco legal y agregaría yo, antes que nada, constitucional, por lo que nuevamente son estas funciones las que deben orientar la distribución de los fondos públicos. Por su parte el art. 9 reza: “Asignación Fondo Partidario Permanente. Los recursos disponibles para el aporte anual para el desenvolvimiento institucional se distribuirán de la siguiente manera: a) veinte por ciento (20%), en forma igualitaria entre todos los partidos reconocidos, b) ochenta por ciento (80%), en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales. Sólo participarán en esta distribución los partidos que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral”. En cuanto a lo específicamente reglado para los fondos de campaña el art. 36 establece: “Distribución aportes. Los fondos correspondientes al aporte por la campaña electoral, se distribuirán, entre los partidos y alianzas que hayan oficializado listas de candidatos para la elección de cargos públicos electivos nacionales, de la siguiente manera: a) treinta por ciento (30%) del monto asignado por el Presupuesto en forma igualitaria en-tre las listas presentadas, b) setenta por ciento (70%) del monto asignado por el Presupuesto en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales. Sólo participarán en esta

distribución los partidos que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral en la última elección de diputados nacionales, entendiéndose como tal el del distrito electoral correspondiente”. Finalmente en lo referente a la distribución de los espacios de difusión el art. 43 dispone: “Espacios en los medios de comunicación. El Estado otorgará a los partidos o alianzas que oficialicen candidaturas, espacios en los medios de radiodifusión, para la transmisión de sus mensajes de campaña. En los años en que se realicen elecciones para presidente, vicepresidente y legisladores nacionales en forma simultánea, la cantidad total de los espacios a distribuir no podrá ser inferior a seiscientas (600) horas para los espacios de radiodifusión televisiva y ochocientas (800) horas para los espacios de radiodifusión sonora. En los años en que solamente se realicen elecciones de legisladores nacionales, la cantidad total de los espacios a distribuir no podrá ser inferior a quinientas (500) horas para los espacios de radiodifusión televisiva y seiscientas (600) horas para los espacios de radiodifusión sonora. La cantidad y duración de los espacios será distribuida de la siguiente forma: a) cincuenta por ciento (50%) por igual entre todos los partidos o alianzas que oficialicen candidaturas, b) cincuenta por ciento (50%) restante entre los partidos o alianzas que oficialicen candidaturas, en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido o alianza hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales y que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral”.

El Anteproyecto provincial contiene al respecto varias normas, de las cuales encuentro pertinente destacar tres. Una es el art. 62 que dispone: “La Ley de Presupuesto de la Provincia destinará los recursos necesarios a tal efecto bajo el rubro “Fondo Partidario Permanente”. El Poder Ejecutivo distribuirá dichos fondos entre todos los partidos en forma proporcional al número de votos válidos obtenidos por cada agrupación en la última elección celebrada en su respectivo ámbito de actuación. Podrá asimismo anticipar fondos a los partidos en formación de conformidad con lo que determine la

reglamentación. La segunda es el art. 63 que estipula: “Si un partido político no obtuviese el tres por ciento (3%) de los votos válidamente emitidos en la última elección general provincial, municipal o comunal, no tendrá derecho a acceder a los beneficios otorgados por el Fondo Partidario Permanente”. La restante es el art. 70, cuyo texto reza: “El Estado Provincial garantizará la libertad de propaganda y proselitismo partidario y deberá para ello asegurar el acceso a los medios públicos de difusión en la forma que necesariamente deberá reglamentar”.

Como se puede apreciar, el Anteproyecto mantiene en cuanto a la distribución de los fondos públicos el criterio de representatividad dado que establece una proporcionalidad entre los votos obtenidos y dichos fondos. No se determina ninguna pauta de distribución en cuanto a los espacios de publicidad, limitándose a garantizar la libertad de propaganda y el acceso a los medios públicos de difusión. En cambio el criterio de representatividad se ve atenuado en la ley 26215 con relación a la ley 23298, ya que los fondos y los espacios de difusión no se reparten totalmente en función a la cantidad de votos obtenidos, sino que en el caso de aportes anuales ordinarios un porcentaje minoritario (20%) se distribuye en forma igualitaria, en el supuesto de los aportes para las campañas electorales el porcentaje a repartir igualitariamente crece al 30% y en el caso de los espacios de difusión deja de ser minoritaria para trepar al 50%. ¿Está justificada esta distribución igualitaria, aunque sea minoritaria?. Y si se responde afirmativamente, es pertinente preguntarse, ¿es suficiente ese porcentaje de distribución igualitaria?. Para dar una respuesta, es necesario examinar las funciones de los partidos políticos.

3) El Estado, los grupos parciales y los partidos políticos

Creo necesario, antes de tratar las funciones de los partidos políticos, realizar una breve semblanza de la “naturaleza” de los partidos políticos y de su ubicación respecto del Estado. Para el objetivo de este trabajo, encuentro suficiente -sin mayores

pretensiones de indagación filosófica- adherir a un enfoque clásico de la realidad política, para afirmar que existe actividad política cuando dicha actividad procura la construcción, consolidación y conservación del agregado humano de que se trate y hace de esa manera que la convivencia humana se haga persistente (2). Esto importa que el Estado sea el grupo humano global que contiene a los demás grupos menores y posibilita la existencia y convivencia, tanto de las personas individuales como de tales grupos; por eso la realidad política es realidad social global, en el sentido que se refiere al ser humano como tal, como “ser humano global”, y no como un “ser humano sectorial”, miembro de un grupo parcial -como progenitor, trabajador, estudiante, empresario, profesional (3). Esta concepción implica reconocer un dato de la realidad: que las personas no son sólo miembros del Estado en calidad de ciudadanos, sino que a la vez son miembros de sociedades menores, como la familia, las asociaciones profesionales, culturales, los grupos socioeconómicos (4).

En una opinión discutible, se puede considerar como sociedad menor a grupos locales que actúan en un área o espacio específico, quedando comprendidos así los municipios, las provincias, las regiones, los que “abrazan” necesidades “plurisectoriales” y no “monosectoriales”, dando así respuestas a necesidades eco-nómicas, sociales, culturales (5). Esto conduce a entender a estos “grupos locales” como muy similares al estado, ya que cuentan con poder político para tomar decisiones que satisfagan a las necesidades antedichas; de allí que más que grupos parciales los entendamos como entidades de descentralización política, lo que en nuestro ordenamiento se plasma - principalmente- en los artículos 5 y 123 la Constitución Nacional. Dada la plurisectorialidad de las necesidades comprendidas en el fin de estos entes autónomos, resulta lógico y razonable que el presupuesto de los mismos esté íntimamente ligado a dichas necesidades, siendo una pauta importante a tener en cuenta la cantidad de población que habita en el territorio de cada provincia o municipio. Desde ya que no debe ser la única pauta a considerar, ya que la escasez de recursos o por el contrario la generación de recursos propios, también es otro criterio relevante a los fines de distribuir

fondos, como bien lo refleja el art. 75, inc. 19, 2do., párrafo de la Constitución.

También de manera discutible se puede incluir como grupo parcial o intermedio a los partidos políticos. Pero aún en esa opinión, los mismos se acercarán al máximo al Estado porque su actividad se refiere al bien común político, del Estado como comunidad global, si bien su carácter parcial resulta del hecho de que nacen de distintos intereses, ideologías y concepciones en cuanto a cómo “realizar” ese bien común (6). Lo que encuentro claro es que los partidos políticos no dirigen su actividad hacia un fin monosectorial como un sindicato o una asociación económica, sino que su objetivo es desarrollar un proyecto general de política global a implementar desde el ejercicio del poder estatal (7). Justamente este objetivo de los partidos políticos es la razón que invalida los sistemas que organizan la representación política de la ciudadanía con un criterio corporativo, es decir a través de grupos de interés que tienen un objetivo parcial, sectorial. Y también por dicho objetivo, la pluralidad de partidos supone la división de una sociedad en ideologías o visiones diferentes sobre cómo lograr el “bien común político”. Por tal motivo ningún partido político puede arrogarse la representación de toda la sociedad, lo que implicaría asumir el propio punto de vista parcial como una visión totalizadora acerca del bien común. Como explica Sartori, la palabra “partido” comunica la idea de parte y la única manera de que nos podamos interesar por las partes es concibiendo a la comunidad política como un todo pluralista y no monolítico (8).

4) Las funciones de los partidos políticos en el sistema democrático

Dado que los partidos políticos intentan satisfacer desde el gobierno el interés global de la sociedad desde una perspectiva particular, la organización de la participación política en un sistema democrático debe basarse en la existencia de los mismos, ya que la misma se desnaturalizaría si se adoptara un molde “corporativo” por cuanto los grupos de interés no son idóneos para representar a la

población en la toma de decisiones que hagan a un proyecto general de política global. Además, en la participación política lo que interesa es la opinión de la gente respecto a un proyecto de política global, la opinión de los seres humanos en cuanto “seres humanos” o si se quiere “ciudadanos”, no en cuanto estudiantes, trabajadores o empresarios. En pos de su finalidad, los partidos políticos de un sistema democrático tienen determinadas funciones indicadas por la teoría política. A modo ejemplificativo, López clasifica estas funciones en electorales y gubernamentales en cuanto atienden a la actividad de los gobernados o de los gobernantes; y siguiendo el modelo de Neumann las enumera: encauzar la caótica voluntad popular, educar a la ciudadanía para encarar su responsabilidad política, servir de eslabón entre la opinión pública y el gobierno, y seleccionar a la élite gobernante que debe conducir los destinos del país (9). En las dos primeras predomina el carácter electoral y en las dos últimas el gubernamental. Loewenstein resalta, a su vez, la función de los partidos de designar a los “detentadores del poder constitucional en el parlamento y en el gobierno” (10); y Sartori, de manera similar, sostiene que los partidos son un instrumento para representar al pueblo al expresar sus exigencias, les asigna una función “expresiva” y “canalizadora” de la opinión de la gente (11).

Se puede apreciar que los partidos políticos tienen una función de “expresión y vehículo” de las opiniones de la población, función que se “desempeña” cada vez que se consulta a la gente por el sufragio electivo o por las formas semidirectas de los arts. 39 y 40 de la Constitución. Y como consecuencia de la consulta a la gente aflora la función de “representación”, en el sentido de asignar a cada partido dicha representación en función del número de votos obtenido. De lo que puede derivarse que la función de representación es consecuencia de la de expresión, lo que nos conduce a considerar que cuánto más fidedigna sea la expresión, más auténtica será la representación. Ahora bien, ¿cómo lograr una expresión fidedigna?. Una opinión es un acto intelectual, en el cual se dan, entremezclados, elementos racionales y emocionales. En un sistema democrático la participación popular en las decisiones del gobierno está íntimamente

ligada a la autonomía de la persona, a la capacidad de autodeterminación, de libre elección en las valoraciones (12). Al respecto se ha caracterizado a la democracia como el “gobierno mediante la discusión” (13), lo que resalta el carácter racional de la democracia. Y ello requiere de elecciones libres, ya que la votación sin una elección libre no puede traducirse en un gobierno representativo (14), lo que a su vez depende de la limpieza y libertad en el proceso de expresión de las opiniones. Sartori explica que para que exista una opinión pública autónoma es necesario, entre otros requisitos, la existencia de una información plural y diversa, ya que la multiplicidad de persuasores refleja una pluralidad de públicos, lo que se traduce en una sociedad pluralista (15). Entendemos que esa idea de multiplicidad de persuasores debe reflejarse en la competencia electoral en la posibilidad de participación de los partidos con la mayor igualdad de oportunidades posible. Nuevamente, si la democracia es el gobierno mediante la discusión, esa discusión debe darse de la manera más abierta e igualitaria para que la elección sea lo más libre posible, ya que a mayor conocimiento de las opciones a elegir es dable considerar que se corresponde una decisión más razonada y por ende más fiel a las convicciones del elector. Esta idea se halla presente en el art. 38 de la Constitución al garantizar a los partidos políticos el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

5) Relación entre los fines y las funciones de los partidos políticos, la distribución de los fondos a los mismos y los derechos constitucionales

Como se viera anteriormente, la ley 26215 atenúa el principio de la representatividad presente en la ley 23298, al establecer un porcentaje de los fondos y espacios de difusión a distribuir en forma igualitaria entre los partidos políticos. Pero mantiene dicho principio de manera mayoritaria para los fondos y en la mitad para los espacios de difusión. Creemos que el principio de “representatividad” debe ser dejado absolutamente de lado ya que no tiene justificación de acuerdo a los fines y funciones de los partidos políticos en un sistema

democrático. En cuanto a los fines se ha razonado acerca de la diferencia entre los partidos políticos - que proponen un proyecto global de gobierno desde una óptica parcial- y las llamadas sociedades intermedias - que atienden a un interés sectorial-, y también con las formas políticas descentralizadas -que tienden a satisfacer los intereses multisectoriales de parte de la población dentro de un determinado territorio-. De esta diferencia se puede inferir que en el caso de los grupos intermedios y las formas políticas descentralizadas, la cantidad de población que reúnen es una pauta “razonable” a considerar -mas no la única- para decidir la distribución de fondos a favor de tales entidades. Tal razonabilidad es consecuencia de sus fines y funciones, en cuanto intentan satisfacer necesidades o intereses de la parte de la población que las integra, por lo que es lógico deducir que a mayor cantidad de personas habrá que satisfacer mayores necesidades. Pero en el caso de los partidos políticos no tienen que satisfacer a través de la gestión partidaria las necesidades de sus votantes, ya que hace a su finalidad que dé respuesta, desde la gestión estatal, a las necesidades, no sólo de sus votantes sino de toda la población. Se podría defender el principio de representatividad argumentando que los partidos tienen que atender sus propias necesidades, su propio sustento, solventar sus actividades, sus locales. Esto es cierto, pero tampoco aquí la cantidad de votos recibidos aparece como una pauta equitativa que refleje dichas necesidades. A ello debe sumarse una circunstancia fáctica, que generalmente los partidos que obtienen mayor cantidad de votos son los que cuentan con mayor número de afiliados, por lo que se puede presumir que tienen mayor capacidad de generación de recursos propios. Es más, el factor de la mayor cantidad de afiliados están contemplado, a nivel nacional, en los arts. 3 y 4 del Decreto 2140/85 reglamentario de la ley 23298, que asigna una cantidad de dinero determinada por afiliado como aporte único al momento de obtenerse el reconocimiento definitivo.

A nuestro juicio, el criterio que debe considerarse en la distribución de fondos públicos y de espacios de difusión para los partidos políticos no es el de representatividad, sino el de

“expresividad”, consecuencia de la función expresiva o canalizadora de los partidos, ya que ésta condiciona la función representativa de los mismos. Esta función expresiva está íntimamente vinculada al derecho a la libre información y expresión, tanto de los partidos como de los votantes. Nuevamente aquí es de recordar que si la democracia es el gobierno mediante la discusión, lo que supone la previa información y simultánea persuasión, el derecho a la libre información y expresión resulta un elemento a privilegiar a fin de decidir cómo distribuir fondos públicos y creo no equivocarme al decir que con mayor razón al distribuir los espacios de difusión. Como derecho individual la libertad de información y expresión es un derecho que hace directamente a la autonomía de la persona, ya que la maximiza, posibilitando su ejercicio en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones; y como derecho colectivo es un mecanismo de control institucional además de implementar la democracia como deliberación en la toma de decisiones (16). Esa libertad de información y expresión exige igualdad de participación en el proceso de discusión y persuasión. La experiencia demuestra que en tiempos no electorales son los partidos mayoritarios o con mayor posibilidad de obtener aportes privados quienes tienen más acceso a los medios de difusión. A ello debe sumarse la inveterada práctica de utilizar la publicidad de actos gubernamentales como instrumento de publicidad partidaria por el partido que ocupa el gobierno. Y en épocas electorales vuelve a reiterarse dicho “copamiento” de los medios por los partidos mayoritarios, se desata una inflación de publicidad gubernamental, y unas pocas semanas antes del sufragio aparecen candidatos cuasidesconocidos de partidos minoritarios - especialmente para elecciones legislativas- quienes en breves espacios de cinco minutos deben exponer “todo un programa de gobierno”. A ello se suma que no existe en nuestro país la práctica del debate preelectoral entre los candidatos, por lo cual, lo que debería ser el proceso de discusión y persuasión, se reduce a monólogos o diálogos a la distancia espacial y temporal, de quienes durante el tiempo no electoral han también monologado o dialogado a la distancia espacial y temporal. Es así que se compromete otro derecho constitucional que es el de la igualdad real de oportunidades. Se ha

sostenido con razón que la igualdad ante la ley requiere de una visión estructural, para la cual resulta relevante incorporar “datos históricos y sociales que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad” (17). Es del caso razonar si los partidos minoritarios, que en muchos casos no se trata de partidos minúsculos, sino de quienes ocupan los terceros o cuartos lugares en las elecciones, no están siendo sistemáticamente excluidos de la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad real al proceso de discusión y persuasión que supone la democracia como método deliberativo de la toma de decisiones públicas. Si a lo dicho añadimos que por lógica conveniencia los aportes privados van a fluir en mayor cantidad a los partidos mayoritarios, el criterio legal de “representatividad” en la distribución de los aportes estatales y de los espacios de difusión viene a reforzar esa desigualdad que podríamos ya considerar estructural.

Para ser consecuentes con lo dicho hasta aquí, la solución alternativa al principio de representatividad, debería determinar qué grado de desigualdad de oportunidades genera el aporte privado y la sistemática difusión y publicidad de los partidos mayoritarios, especialmente los del gobierno, para de esa manera “compensar” con aportes públicos y espacios de difusión a los partidos más desaventajados.

Obviamente esto es muy complejo, ya que es muy difícil “cuantificar” esa incidencia. Es por ello que proponemos, como opción mínima, que la distribución de los mismos sea en su cien por ciento (100%) en forma igualitaria, abandonando totalmente el criterio de representatividad. Creemos que la opción propuesta responde más genuinamente a los postulados del art. 38 de la Constitución, se compadece de manera más idónea con los fines y funciones de los partidos políticos en un sistema democrático y brinda mayor realización al ejercicio de los derechos de libre información y expresión e igualdad real de oportunidades. No se nos escapa que esta propuesta debería complementarse con otras como la obligatoriedad de debates preelectorales entre los candidatos para

cargos ejecutivos o las cabezas de lista para los legislativos, mas el análisis de las mismas trasciende ya el limitado objeto de este trabajo. Una última consideración es de hacer respecto del piso del 1% del padrón electoral -en la ley nacional- que los partidos políticos deben acreditar haber obtenido en la anterior elección, a fin de acceder a la distribución de fondos y espacios de publicidad, y que en el Anteproyecto provincial se eleva al 3% para acceder a los fondos públicos. Entiendo que si en la elección en curso pueden presentar candidatos no se les debería requerir ese “piso electoral”, ya que nuevamente aquí se castiga a los más minoritarios, se los deja participar del proceso de discusión y persuasión pero no en condiciones de igualdad, por lo que respecto de estos partidos la desigualdad es más “estructural”, ya que cuentan con muchas menos posibilidades de participación y de ser “vehículo canalizador” de opiniones. En definitiva el mínimo de representatividad está dado por el “piso” de afiliados para la obtención de la personalidad jurídico-política de acuerdo al art. 7, inc. a) de la ley 23298 y por las causas de caducidad de dicha personalidad política según lo dispone el art. 50 de la misma ley 23298, que en su inciso c) establece dicha caducidad en caso de no alcanzar en dos (2) elecciones sucesivas el dos por ciento (2%) del padrón electoral en ningún distrito, las cuales encuentran su regulación análoga en el Anteproyecto provincial en los arts. 12 y 55, inc. c).

Es de destacar que una anterior aproximación al tema fue hecha por mí en De Cunto, Aldo: “Acerca de la relación entre las funciones de los partidos políticos y la distribución de los fondos estatales a los mismos”, en Revista Jurídica de la UCES, N° 1, primavera-verano de 1999.

Bibliografía

- (1) Ver López, Mario Justo: “Introducción a los Estudios Políticos”, Ed. Depalma, v. I, págs. 32/33.
- (2) Ver Quintas, Avelino M.: “Episteme e Política”, Giuffré Editore, págs. 4/5.

- (3) Ver Quintas, Avelino M.: “Obbligazione politica e governo legittimo”, Giuffré Editore, pág. 231.
- (4) Ver Quintas, Avelino M.: “Obbligazione politica e governo legittimo”, pág. 236/237.
- (5) Ver Quintas, Avelino M.: “Obbligazione politica e governo legittimo”, pág. 237.
- (6) Ver López, Mario Justo, op. cit., v. II, pág. 492.
- (7) Ver Sartori, Giovanni: “Partidos y sistemas de partidos”, Alianza Universidad, pág. 53.
- (8) Ver López, Mario Justo, op. cit., v. II, pág. 498.
- (9) Ver Loewenstein, Karl: “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, pág. 37.
- (10) Ver Sartori, op. cit., págs. 55/57.
- (11) Ver la noción de autonomía de la persona como fundamento del sistema democrático en Nino, Carlos Santiago: “La constitución de la democracia deliberativa”, Editorial Gedisa, págs. 75/78.
- (12) Ver en Sartori: “Teoría de la democracia”, Alianza Universidad, Tº 1, pág. 13.
- (13) Ver en Sartori, op. cit., Tº 1, pág. 54.
- (14) Ver en Sartori, op. cit., Tº 1, pág. 134.
- (15) Ver al respecto los trabajos de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: “El acceso a la información como derecho”, en “Anuario de Derecho a la Comunicación”, Año 1, vol. 1 (2000), Editorial Siglo XXI, Buenos Aires; y Saba, Roberto: “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, en Derecho Comparado de la Información, Nº 3, enero-junio, 2004, UNAM, México, págs. 145/185.
- (16) Ver en Saba, Roberto: “(Des)Igualdad Estructural”, en “Visiones de la Constitución 1853-2004”, UCES 2004, Jorge Amaya (ed.), págs. 479/514; y en Revista Derecho y Humanidades Nº 11, Fac. de Derecho, Univ. De Chile, 2005.

El otro Kelsen, ¿era jusnaturalista?

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: Anuario 2007/2008 de la Facultad de Ciencias Económicas, UNPSB, octubre 2010, págs. 51-105.
[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

Resumen – I. Introducción – II. "El Kelsen" jurista - III.- "El Kelsen" filósofo político - IV. ¿Se puede hablar de un jusnaturalismo mínimo?"- V. Conclusiones.

Resumen:

Es vastamente conocida la obra del Kelsen jurista, esto es, estudioso de la ciencia del derecho. El mismo se propuso construir una ciencia jurídica de acuerdo a los cánones de positivismo científico, es decir, sin introducir elementos axiológicos o pertenecientes al mundo metafísico. De allí que el objeto de la ciencia del derecho es el análisis de los ordenamientos jurídicos vigentes en la realidad fáctica sin importar si los mismos son justos o injustos o si favorecen o desfavorecen determinados valores humanos. Es que la validez de un orden jurídico, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, no depende del contenido moral del mismo, sino de la consistencia de sus normas jerárquicamente organizadas. De esa manera es que el pilar supremo en el que se basa el ordenamiento no puede ser una norma "valiosa" por sí misma, sino una norma hipotética fundamental, cuya obediencia se presume.

Menos conocida es la obra del Kelsen jusfilósofo. Este último no es neutral a los valores, sino que considera que en el ser humano existe una pulsión de libertad y autonomía, que -de manera similar a

Hobbes- exige que se ejerza una autoridad -el Estado- a fin de que la vida comunitaria no derive en un caos. Sin embargo dicha autoridad no debe aniquilar la referida libertad, de allí que propugne como la forma de gobierno que mejor se adecua a la naturaleza del hombre -y por ende como la más valiosa- al régimen democrático, ya que concilia la autoridad con la libertad a través del consentimiento de los gobernados.

I. Introducción:

El propósito del presente trabajo es indagar hasta qué punto Kelsen se oponía al "jusnaturalismo", escuela jusfilosófica a la que expresa y constantemente consideró equivocada de acuerdo a sus ideas explicitadas a lo largo de su extensa obra. Para ello tomamos como base la obra: "El otro Kelsen" (1), obra que se compone de artículos y opúsculos de distintos autores sobre Kelsen y parte de su obra de distinta temática a la estrictamente jurídica y de artículos del propio Kelsen representativa de ese aspecto "menos conocido" de su producción intelectual. Intentaremos desbrozar las ideas de Kelsen como jurista "strictu sensu" y como filósofo político y señalar algunas contradicciones que creemos vislumbrar en su obra, contradicciones que nos llevan a considerarlo como un jusnaturalista mínimo en materia de filosofía política e "inconscientemente" cercano a posiciones que "conscientemente" rechazara en la formulación de sus ideas. Desde ya que no lo consideramos próximo a un jusnaturalismo clásico del tipo aristotélico-tomista, de allí que a lo largo de este trabajo nos veremos obligados a precisar el concepto de "jusnaturalismo mínimo" que propiciamos -en verdad el término es tomado de la obra precitada-, Esa es la razón del título de esta modesta investigación.

II. "El Kelsen" jurista:

1) Ciencias causales y ciencias normativas

Para el análisis del "Kelsen jurista" seguiremos las reflexiones e

ideas por él desgranadas en su obra más conocida -y representativa de su faceta de jurista-, la famosa "Teoría pura del derecho" (2), sin perjuicio de que hagamos un necesario correlato con los artículos y ensayos que componen la obra citada en el punto anterior y otra publicación que compendia diversos artículos sobre nuestro autor (3). Kelsen comienza presentando a la teoría "pura" del derecho como una ciencia que procura determinar qué es y cómo se forma el derecho sin preguntarse como debería ser o debería formarse, y como tal ignora todo lo que no responda estrictamente a la definición de derecho que él circunscribe al derecho positivo (4). Continúa explicando que el derecho es un fenómeno social y consecuentemente la ciencia del derecho integra el grupo de ciencias que estudian la sociedad a diferencia de las que estudian la naturaleza. En la naturaleza los fenómenos están relacionados entre sí por el principio de causalidad, un hecho es causa de otro que es su efecto y que a su vez es causa de otro más y así sucesivamente. Las ciencias -causales aplican este principio de causalidad, de allí que las ciencias naturales pertenezcan a este género; pero también existen ciencias que estudian las conductas humanas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza como la sociología, la etnología, la psicología (5).

El otro término de la clasificación epistemológica que efectúa Kelsen y que opone a las ciencias causales, es el de las ciencias normativas, entre las que sitúa a la ciencia del derecho ya la ética. Las ciencias normativas estudian las conductas humanas, no como se desarrollan en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Para este tipo de ciencias la sociedad es un orden normativo -moral, religioso o jurídico- constituido por un conjunto de normas. Dicho orden normativo es eficaz cuando, de manera general, los individuos a los cuales se dirige, obran de acuerdo a sus normas. En este enfoque no rige el principio de causalidad sino el de imputación, según el cual se establece una relación entre dos actos humanos como condición y consecuencia, relación que a su vez es establecida por actos humanos o sobrehumanos -en el caso de la religión-. Concretamente en el pensamiento jurídico, el principio de imputación se plasma a través de

la formulación de lo que nuestro autor denomina "reglas de derecho", del tipo: "si no abona una deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción" (6). La regla de derecho establece una relación entre dos hechos -la comisión de un acto ilícito y la aplicación de una sanción-, pero no es una relación de causa-efecto como en la ley natural, sino que dicha relación resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esa norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo (7). Por su parte las "normas" son "creadas" por un acto humano -cumplido en el tiempo y en el espacio- en cuanto dicho acto tiene un sentido normativo y a dicha norma se la llama "positiva" por cuanto son "puestas" por el hombre y no supuestas; el derecho y la moral son órdenes positivos porque resultan de actos humanos: costumbres de una comunidad, actos de un legislador, mientras que las normas religiosas son "supuestas" ya que no son producto de actos humanos sino que son atribuidas a una voluntad divina, son "supuestas" por un acto puramente intelectual (8). De allí que al considerar a toda norma como expresión de un valor, entienda que al emitir un juicio de valor lo que en realidad hacemos es una verificación de hecho -un juicio de la realidad-, ya que nos limitamos a señalar si la conducta de un individuo se corresponde o no con una norma positiva y mediante ella con el hecho que la ha creado (9). A su vez, al remarcar las diferencias entre el ámbito de imperio de la causalidad y la imputación, el maestro vienés -aunque nacido en Praga, Kelsen era intelectualmente vienés (10)- señala que la condición a la que se imputa una consecuencia, no necesariamente es consecuencia de otra condición, por lo que no existe una cadena infinita como en la causalidad, de allí que la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto la sociedad pertenece al de la libertad (11).

Ahora bien, Kelsen no considera que la libertad entendida como el hecho de no estar sometido al principio de causalidad sea la condición de la imputación moral, religiosa o jurídica; sino que el

hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierta en el punto final de una imputación, es decir en la condición de una consecuencia (12).

En Kelsen es constante su preocupación por "separar" tajantemente la realidad natural donde rige la causalidad, de la realidad social que analiza a través de las normas y del principio de imputación que ellas establecen. La confusión de ambas realidades con el consiguiente "contrabando" de enfoques epistemológicos resulta inadmisibles para él. Como ejemplo de dicho sincretismo indica que es propio de las sociedades primitivas interpretar los fenómenos naturales con la ayuda del principio de imputación; ya que el principio de causalidad apareció en un estado más avanzado de la civilización de acuerdo a los progresos en materia científica. De esa manera el hombre primitivo "traspola" las normas sociales tendentes a la retribución mediante sanciones y recompensas a la naturaleza; así una catástrofe natural es interpretada como un castigo, mientras que otro fenómeno ventajoso como una lluvia lo es como un premio. Esto deriva en el "animismo", es decir la convicción del hombre de que las cosas tienen alma y se comportan respecto de los hombres como ellos entre sí, estableciéndose una correspondencia entre la buena acción y la recompensa y entre la mala acción y el castigo (13).

En la distinción que marca entre ciencias causales y normativas, enfatiza la oposición entre el "ser" y el "deber ser". Así explicita que del hecho de que esto es, se sigue seguramente que aquello fue o habrá de ser, pero nunca que otra cosa deberá ser; el deber ser, si bien va hacia un ser (su meta es un ser), es sin embargo algo diferente que el ser. El ser no puede ser demostrado, sólo puede ser experimentado, por ello no puede ser deducido a partir de meros conceptos (14). Remarca que la oposición entre ser y deber ser es decisiva para la distinción entre las disciplinas explicativas y normativas, entre las ciencias causales y normativas. Las primeras se dirigen a lo dado efectivamente, a la realidad, al universo del ser, mientras que las segundas lo hacen hacia el deber ser, la idealidad. Las primeras explican el acontecer real, las segundas construyen reglas que

prescriben un deber ser (15). Esto no significa que la ciencia jurídica no sea objetiva, lo es en cuanto su objeto -las normas jurídicas efectivas y vigentes- es real y no imaginario; pero a diferencia de la ciencia natural, estudia esta realidad desde una normativa y no desde un enfoque empírico (16). Esta diversidad entre el "ser" y el "deber ser" vuelve a ser abordada por Kelsen en su trabajo "El alma y el derecho" desde la determinación de dos tendencias diferentes en el espíritu humano. Así distingue entre una tendencia intelectualista y racional que se manifiesta en el pensamiento cognitivo y otra emocional que tiene su fuente en la voluntad y la vida afectiva. La primera permite arribar a una noción de un mundo exterior y de una naturaleza regidos por las leyes de la causalidad objetiva; mientras que la segunda engendra un conjunto de nociones cuya función es representar lo que es útil y deseable y lo nocivo y temible, en síntesis lo moralmente bueno o malo y así establecer juicios de valor (17). Queda así delimitado que el campo del ser corresponde a la tendencia cognitiva y el del deber ser a la emocional. En cuanto a la confusión de estos ámbitos, vuelve a destacar que la metafísica y la religión tienen la misión de satisfacer tanto la necesidad de una explicación última como la de una justificación suprema del mundo, lo que se encuentra en la noción de Dios, que representa a la vez la causa primera y el bien absoluto (18).

2) La ciencia del derecho y la norma fundamental

Luego de marcar la diferencia entre ciencias naturales o causales y normativas o de imputación, entre las que ubica a la ciencia del derecho, define al objeto de ésta -el derecho - derecho- desde un punto de vista estático como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Estas normas obviamente son normas positivas, es decir que han sido creadas por un acto que transcurre en el espacio y el tiempo y se aplican a hechos que también transcurren en el espacio y el tiempo; de allí que su validez sea temporal y espacial (19). Ahora bien, la norma no se confunde con el acto que la crea ni con los hechos a los que se aplica. Kelsen distingue entre lo fáctico, el acto o el hecho perceptible por los sentidos y el

sentido o la significación específica de dicho acto. Así lo fáctico es un grupo de hombres reunidos en una sala que deliberan y algunos se levantan o un hombre que actúa y mata a otro, la significación es que una ley fue votada o que se trata de un homicidio o de la ejecución de una pena de muerte. La significación no es perceptible por los sentidos, es el resultado de una interpretación, de una operación intelectual. Esa operación intelectual se efectúa encontrando a su vez una norma que otorga significación a un acto creador de otra norma de rango inferior, y el acto que crea la norma superior a su vez se funda en otra norma y así sucesivamente hasta arribar a la Constitución (20). Pues bien, arribados a este punto Kelsen se interroga ¿porqué es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución?, ya que el acto por el cual la misma ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. La respuesta que brinda es que dicho acto es el hecho fundamental del orden jurídico derivado de dicha Constitución y su carácter jurídico sólo puede ser supuesto. Así la suposición es en sí misma una norma que prescribe observar las reglas contenidas en la primera Constitución, pero ésta no es una norma de derecho positivo. En síntesis, la validez de una norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma en cuestión pertenece (21). La norma fundamental es la hipótesis que permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista, que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas (22).

Como se aprecia la norma fundamental no es válida en sí misma, es decir por su contenido o por mérito propio, sino que su validez se presume. Se podría argumentar que la norma fundamental es válida por su contenido "justo", es decir que su validez radicaría en el valor "justicia" o en el valor "democracia", así serían válidas todas las normas cuyo contenido es justo o que fueron dictadas de acuerdo a procedimientos democráticos (23), por ejemplo una norma tributaria sería válida si el impuesto que establece es justo o si es consecuencia de una ley votada democráticamente. ¿Por qué para Kelsen la validez

dele norma fundamental no puede derivar de su contenido o de su propio mérito o de valores como la justicia o la democracia?. Se trataría de principios de carácter ético o político y lo cierto es que las personas discrepan respecto de los mismos, por lo que siendo principios indeterminados o controvertidos, no resultan aptos para validar normas que impongan obligaciones (24). Otro motivo por el cual Kelsen rechaza la fundamentación del orden jurídico en principios de carácter moral o político, radica en la circunstancia de que muchas veces esto genera inconsistencia en dicho ordenamiento, lo cual no se condice con su carácter de sistema, por cuanto puede haber contradicción entre dos principios que fundamenten normas opuestas -p.ej.: la utilidad podría justificar el aborto y la conformidad con el orden natural no-. Si el derecho es un sistema de control social al que se apela como razón para que se lo obedezca, no puede convalidarse por la aplicación de principios inconsistentes, ya que así se reduciría a una técnica de manipulación, por lo que en definitiva uno de los dos principios contrapuestos debe prevalecer o debe hacerlo un tercero que zanje la contradicción (25). Si se tomaran, recurriendo nuevamente al principio de la democracia como norma fundamental, como válidas las normas votadas democráticamente, el derecho positivo de sociedades con regímenes dictatoriales o con sistemas de partido único quedarían fuera del estudio de la ciencia jurídica, con lo cual el derecho carecería de un valor independiente de la moral o la política, ya que determinados órdenes jurídicos no podrían justificarse (26). Para que la norma fundamental sea común a sistemas ético-políticos disímiles y hasta opuestos, debería basarse en un principio suficientemente amplio, del tipo "debe obedecerse lo prescripto por el poder político". Ahora bien, esta conclusión consagraría el principio del conformismo, con lo cual las normas de un sistema se justifican por ser efectivas, obedecidas (27). Sin embargo, siguiendo siempre a Honoré en su análisis de la teoría kelseniana de la norma fundamental, Kelsen no adopta el conformismo como la norma básica de un sistema jurídico por cuanto el mismo no expresa el valor autónomo del derecho, de hecho quienes dictan las normas no pretenden que aquellos que deban obedecerlas meramente lo hagan, sino que lo hagan por considerar a quienes

legislan legitimados para ello (28). Kelsen recurre a la teoría del "pedigree" -del linaje- de la norma, como un argumento específicamente jurídico, según el cual el poder que tiene un órgano para dictar normas, radica en otra norma que así lo disponga, con lo cual se genera la cadena de normas válidas que se mencionara al principio de este punto, concluyendo en suponer la validez de la constitución originaria, esto es, las prescripciones del primer legislador que dan validez al poder legislativo vigente, sin que haya existido entre ambas una ruptura, una revolución. Esa "primera constitución", como se expresara más arriba, es el hecho fundamental del orden jurídico, una suerte de "Big Bang" (29). Ahora bien, justamente una crítica que se puede realizar a la noción kelseniana de la norma fundamental, radica en que la misma pretende ser autónoma de los valores morales y políticos, pero sólo puede otorgar validez al sistema jurídico si se asume -en realidad si se presume- que el primer constituyente tiene la legitimidad moral y política para dictar la constitución originaria (30).

El concepto de norma fundamental se relaciona asimismo con el de unidad del orden jurídico. El orden jurídico es concebido en Kelsen como la unidad de una pluralidad de normas, este orden implica tres conceptos: el de norma, su pluralidad y una relación entre ellas (31). La norma funciona como un esquema de interpretación, por cuanto una conducta adquiere un sentido objetivo que se origina en la existencia de la misma -la norma- que se refiere a la conducta en su contenido. Pero como hemos señalado en el párrafo anterior, toda norma que otorga a un acto un significado, es ella misma producida mediante otro acto que recibe a su vez su significación jurídica de otra norma (32). Es necesario arribar a una norma única como fundamento último de la validez de todo el orden jurídico, que en cuanto fuente común constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran dicho orden; y en un orden dinámico como el jurídico, la validez de las normas no surge del valor intrínseco de las mismas sino por el modo de creación de ellas cuya regla básica es establecida en la norma fundamental. De allí que el proceso legislativo establecido en la Constitución debe entenderse como un ejemplo del establecimiento de las condiciones y requisitos que han de cumplirse para que la

coacción física -ya que la sanción es parte esencial de la norma- sea jurídicamente regular (33). En concordancia con lo expuesto más arriba respecto a que es irrelevante el contenido de la norma fundamental en la teoría kelseniana del derecho, se puede decir que la norma fundamental no es "fundamental" por su contenido, sino por su estructura y por la posición que ocupa en el orden jurídico de la cual derivan sus funciones (34). Kelsen acepta dos proposiciones como autoevidentes y que son dos axiomas de su teoría. El primero establece que dadas dos normas, si una autoriza -directa o indirectamente- la creación de la otra, se sigue de ello que pertenecen al mismo sistema jurídico. El segundo, a su vez, expresa que todas las normas de un sistema jurídico, están autorizadas directa o indirectamente por una norma. De allí que los dos axiomas proveen un criterio de identidad de los sistemas jurídicos y posibilitan determinar si una norma pertenece o no a un cierto sistema (35).

La norma que autoriza todas las demás en el segundo axioma, obviamente es la norma fundamental, cuya existencia es una necesidad lógica y no una norma positiva, como se intentó aclarar en párrafos anteriores (36). A su vez esta conceptualización de la norma fundamental como una necesidad lógica y no como un hecho del hombre; se vincula a un tercer axioma de su teoría que expresa su tajante división de los ámbitos del "ser" y del "deber ser" y que postula que "nadie puede aseverar que de la proposición de que algo es, se sigue que algo debe ser", por lo que concluye que "...la objetiva validez de una norma no se deriva de un acto fáctico, de un ser, sino de una norma que autoriza dicho acto, es decir de un deber ser" (37). Nuevamente tenemos que la norma fundamental, para Kelsen, se define por su función de validar al sistema jurídico y por su status especial de no ser creada por el hombre sino presupuesta por la conciencia jurídica, esta presuposición de la norma fundamental no importa conformidad con alguna valoración trascendente al derecho positivo, ya que no cumple una función ético-política sino epistemológica (38).

Raz ha criticado la doctrina kelseniana que presenta la unidad

de los sistemas jurídicos como consecuencia de los dos axiomas precitados. En primer lugar brinda el ejemplo de un país A que de acuerdo a su legislación otorga amplios poderes constituyentes a una asamblea votada por los habitantes de una colonia de A y como consecuencia de ello se dicta una constitución por la cual la colonia pasa a ser el país B, país que pasa a tener su propio sistema jurídico, el que es reconocido por los demás países, incluido A. Como se aprecia A y B tienen sistemas jurídicos distintos, a pesar de que el sistema jurídico de B fue creado por una norma del sistema jurídico de A, con lo cual se pone en crisis el primer axioma de Kelsen. De acuerdo a Raz, el error de Kelsen radica en no asignar relevancia a los hechos y sólo a las cadenas de validez de las normas, por cuanto es un "hecho" que los tribunales y la población de B no consideran a la ley de A, que permitió la constitución des, como integrante del sistema jurídico que deben obedecer (39). En cuanto al segundo axioma, Raz expresa que el propio Kelsen admite la existencia de dos órdenes constitucionales, escrito y consuetudinario con validez en un mismo territorio -caso inglés-, siempre y cuando exista una norma fundamental que los autorice. Pero como el contenido de la norma fundamental sólo puede ser conocido a través de los hechos por los cuales un orden es creado y aplicado, la pretensión kelseniana de hacer derivar la identidad y unidad de un sistema jurídico a partir de la norma fundamental, se transforma en un quimera, más bien parece ser que la norma fundamental es "identificada" una vez que la identidad del sistema jurídico es establecido (40).

3) El error de la doctrina del "derecho natural"

Para Kelsen, el error en el que incurre la doctrina del derecho natural -que es una metafísica del derecho y no una ciencia del derecho- consiste en ignorar la diferencia entre las leyes causales formuladas por las ciencias naturales y las reglas de derecho formuladas por las ciencias jurídicas, ya que para dicha doctrina las leyes naturales son las reglas de un derecho natural. Así la relación entre causa y efecto sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre acto ilícito y sanción es establecida

por el legislador humano a través de las normas positivas. Así se viola la diferencia entre naturaleza y sociedad, entre ser y deber ser, y se efectúa una interpretación socialnormativa de la naturaleza, por lo que viene a ser una versión "aggiornada" del animismo (41). Ahora bien, la doctrina del derecho natural se ha preocupado siempre -y a lo largo de sus distintas versiones- por brindar un concepto 'natural y por ende absoluto de la justicia (42), ya que considera orden jurídico justo a aquél que se compadece con el orden natural. La justicia es un valor y en el ámbito de los valores Kelsen es partidario de una postura netamente relativista ya que entiende que la calificación de justo o injusto de un orden jurídico depende de que se privilegie un determinado valor como supremo -puede ser la libertad o la seguridad-, y ello dependerá en definitiva de que una norma "supuesta" prescriba que el hombre debe vivir en libertad o en seguridad (43). Y como dependen de una norma supuesta por quien los enuncia, los juicios de valor son de carácter subjetivo, por lo cual están fuera del ámbito científico, en el que se enuncian juicios de hecho y no de valor (44). En cuanto a la diferencia que enfatiza entre el "ser" y el "deber ser", nuestro autor remarca, de acuerdo al tercer axioma precitado, que cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no, o que sea valioso que exista, ya que ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico; y ello es así por cuanto el valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma, de allí que no pueda descubrirse el valor de una conducta humana (45). Y la norma o es positiva -es decir "puesta" por un acto humano- o es solamente "supuesta" por quien afirma su validez, en cuyo caso tiene un carácter meramente subjetivo. La cuestión entre quienes sostienen la doctrina del derecho natural se resuelve considerando que las normas de dicho derecho son creadas, es decir "puestas" por la voluntad divina, lo que puede ser probado, lo que implica colocarse en un plano irracional y metafísico, no existiendo, entonces, objetividad en los valores propugnados por dicha doctrina (46). A su vez Kelsen señala distintas contradicciones en la doctrina del derecho natural. Entre las mismas destacamos la referente a la deducción de las normas de la naturaleza humana. Como

para esta doctrina el derecho natural se deduce de la naturaleza humana, debe admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero como sus defensores tienen que admitir la existencia de un orden coactivo que se plasma en el derecho positivo, no deducen ese derecho natural de la naturaleza humana tal como es sino como debería ser si correspondiera al derecho natural, con lo cual terminan invirtiendo el orden de deducción: es el derecho natural la fuente de la naturaleza humana y no lo contrario (47). Otra contradicción que deriva de la anterior es la siguiente. Dado que la afirmación de que una conducta humana es natural importa en último análisis un juicio de valor subjetivo, pueden existir numerosas doctrinas de derecho natural contradictorias entre sí, como las que consideran a la democracia como forma natural de gobierno, mientras otras asignan dicha condición a la autocracia -ejemplos de Locke y Hobbes como representantes de ambos grupos de doctrinas (48).

Otra objeción fuerte que efectúa Kelsen a la doctrina del derecho natural, consiste en que la misma no suministra una noción específica de validez jurídica, ya que para el jusnaturalismo, la única validez que se puede predicar del derecho es la conformidad con el orden natural, es decir una validez moral. Los jusnaturalistas sólo pueden juzgar al derecho como justo o injusto, es decir moralmente válido o inválido, pero no pueden sostener que un derecho es moralmente inválido y jurídicamente válido (49). Por lo demás, y consecuente con su relativismo moral, entiende que las doctrinas jusnaturalistas no son más que objetivaciones de intereses subjetivos y como tales consisten en ilusiones.

Ello en razón de que, al no existir una posición moral que pueda ser objetivamente probada y defendida -lo contrario importaría confundir los ámbitos del ser y del deber ser-, no existen postulados o normas fundamentales naturales autoevidentes. En suma, la explicación del jusnaturalismo carece de entidad científica ya que no puede ser confirmada objetivamente, la justificación o crítica moral del derecho se reduce a un problema de juicio personal o político, por lo cual no concierne a la ciencia jurídica (50).

4) Ciencia del derecho y sociología jurídica

Otro aspecto que el maestro vienés se ha preocupado en destacar en su labor de jurista es la distinción de la ciencia del derecho con la sociología jurídica. Kelsen enfatiza el distinto objeto que existe entre ambas ciencias, ya que la sociología jurídica no estudia al derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Mientras la ciencia del derecho establece una relación de imputación entre dos hechos humanos en virtud de lo dispuesto por una norma jurídica, según lo expresado párrafos precedentes, la sociología establece una relación de causalidad entre tales hechos humanos. No se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico sino por los actos que crean tales normas, las causas de los mismos y los efectos que tienen en la conciencia y posterior conducta de los hombres. Así resulta ser una ciencia causal que tiene por objeto actos humanos y sociales en lugar de hechos de la naturaleza (51). En su distinción de las ideas de Weber, que asume un enfoque Sociológico del derecho, Kelsen se preocupa por privilegiar el problema de la validez del derecho al de la eficacia que Weber denomina validez empírica frente a la validez ideal -la validez "a secas" de Kelsen-, confirmando que la teoría pura se ocupa del "deber ser" - "sollen"- y no del "ser" -"sein"-(52). Esa primacía se refleja en que sólo la teoría del derecho puede proporcionar el criterio para distinguir un comportamiento jurídico de otro que no lo es, ya que dicha operación sólo es posible refiriendo las conductas a un sistema de normas válidas (53).

Asimismo Kelsen atribuye a la sociología jurídica los mismos errores metodológicos que endilga al jusnaturalismo. Destaca nuestro autor los orígenes sociológicos de la doctrina del derecho natural, dado que de la interpretación animista de la naturaleza surgida del principio de retribución ha nacido la idea de naturaleza como sociedad ideal de la que deriva un derecho natural absolutamente justo. Estas doctrinas - las del derecho natural- cometen el error, según Kelsen, de dar como presupuesto la inmanencia del valor de la realidad natural, presupuesto del cual efectúan el salto - epistemológicamente

inadmisible- del plano del ser al del deber ser (54). No es sorprendente entonces que las doctrinas sociológicas presenten una tendencia jusnaturalista, ya que cumplen el mismo paso ilegítimo de la explicación a la prescripción, del ser al deber ser y presentar valores subjetivos provenientes de la conciencia del individuo como principios objetivos deducidos de la realidad natural y social; así las sociologías de Comte y Spencer consideran las leyes de la naturaleza como una norma social de valor universal, incluyendo en su crítica al socialismo científico de Marx (55). Frente a esta posición de las doctrinas sociológicas, Kelsen propone una "sociología de la idea de justicia", como disciplina de decisiva significación de la política jurídica, y a la que le es vedado atribuir valor objetivo y absoluto a una doctrina, sino que debe partir de una concepción relativista de los valores, ya que no existe una justicia absoluta, sino valores relativos que constituimos mediante nuestros actos productores de normas y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos (56).

5) El concepto de Estado

Es conocido el concepto de estado elaborado por Kelsen, en cuanto identifica al mismo con el derecho, no reconociendo otros elementos en él más allá del jurídico. Es así que explica que el estado es el sentido específico de ciertas acciones, el estado no existe como un objeto material, como un hecho, como factualidad como lo considera Weber desde una concepción sociológica que critica (57), sino que la existencia del estado radica en su validez. El ordenamiento jurídico es el contenido de sentido de toda acción cuyas posibilidades de desarrollo implican la existencia sociológica del estado según Weber, de allí que para Kelsen el estado es en esencia idéntico al ordenamiento jurídico. A su vez explica que para que el sentido de una conducta pueda ser considerada "ordenamiento", el actuante tiene que llevar a cabo una acción conforme a una norma que plantea esa acción como deber; y si ordenamiento como sentido es idéntico a norma es la validez del ordenamiento idéntica a deber (58). Continúa diciendo nuestro autor, siempre analizando el concepto sociológico de estado según Weber, que para este último un orden es estado cuando está

garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión; señalando que esta definición sociológica es difícil de diferenciar de la jurídica, ya que el concepto de probabilidad se pierde y confunde con el de derecho en cuanto contenido de norma. A ello agrega que el estado puede ser denominado instituto político cuando en tanto su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio de la legítima coacción física para el mantenimiento del orden, pero en ello consiste el ordenamiento jurídico -en tanto la coacción física sólo puede atribuirse a un grupo dentro de un sistema plural de normas con unidad interna-, lo que viene a corroborar la identidad entre estado y derecho (59).

En ese mismo orden de ideas, en otro trabajo, Kelsen, entiende que en el estado existe una interacción asociativa, como elemento sociológico, pero el mismo está presente en todo grupo humano, por lo que debe existir un elemento diferenciador en el estado que sea extrasociológico y que es lo que otorga unidad al mismo (60). Ese elemento es jurídico, ya que más allá de las divisiones psicológicas -conflictos de intereses- existe unidad jurídica en el estado por la pertenencia a un orden jurídico presupuesto como válido (61). De allí la crítica que nuestro autor realiza a todas aquellas doctrinas que perciben en el estado una unidad psicosocial y que asignan al mismo un "alma" supraindividual, utilizando términos como "voluntad colectiva", "sentido común" o "espíritu del pueblo" (62). Los lazos afectivos que se dan en el fenómeno de masas entre sus miembros entre sí y hacia el conductor, están ausentes en las masas "organizadas" o "artificiales" como el estado, en el que no existe "masa" en el sentido de una unidad psicosociológica, ya que entre los individuos que lo forman no existe identificación entre sí (63). Por el contrario las masas estables se caracterizan por la organización y se encarnan en instituciones, que son complejos normativos, sistemas de prescripciones que rigen el comportamiento humano y que pueden ser concebidos en su especificidad sólo desde un punto de vista orientado hacia la validez normativa, "del deber ser" (64). En síntesis, una vez

más el jurista vienés reafirma la identidad entre estado y derecho, al señalar que el problema central de una teoría del derecho es la relación entre aquellos dos conceptos. Y destaca que el estado como sistema de comportamiento humano es idéntico a ese sistema coercitivo que tomarnos como derecho o legislación jurídica, dándose una falsa personificación del derecho en el estado -se hace "como si" el derecho se personificara en el estado de acuerdo a la filosofía de Vaihinger-, personificación que es un recurso del pensamiento a los fines de simplificación (65).

III. "El Kelsen" filósofo político.

1) El concepto "kelseniano" de naturaleza humana.

Oscar Correas, en su artículo que otorga el título a una de las obras compiladas que nos sirve de base para este trabajo -"El otro Kelsen"-, se encarga de señalar que Kelsen mismo quiso desarrollar una teoría del derecho purificada • de toda ideología política, con el deliberado objeto de renunciar a la arraigada costumbre de defender exigencias y posturas políticas con el prestigio de la ciencia, de justificar científicamente el poder (66). Sin embargo su obra más notoria -Teoría pura del derecho- como teoría en cuanto filosofía no es pura, lo que es pura es la ciencia del derecho pero no la teoría que la funda. Ocurre que la fundación de una ciencia no puede ser científica, siempre es filosófica, lo contrario importa una petición de principios; es por ello que Kelsen al fundar la ciencia jurídica hizo filosofía política y en esta tarea -de filósofo político- es donde aparece la faceta menos conocida del maestro vienés, oculta por la más publicitada de jurista (67).

Correas "ubica" a Kelsen como "jusnaturalista" y "metafísico" en cuanto en su pensamiento se halla la idea de que el hombre es un ser que posee cierta "naturaleza humana" en principio inmutable. Ahora bien, para Correas, todos los filósofos -no creemos que exista dicha unanimidad- comparten esa idea de la existencia de una naturaleza humana con características universales; la distinción pasa

por las características que atribuyen a dicha "esencia humana". Así clasifica dos grandes grupos: aquellos que entienden que el hombre es naturalmente bueno y la sociedad lo corrompe y quienes consideran que el hombre es malo y la sociedad -represión mediante- le permite subsistir. Entre los primeros ubica a Rousseau, Marx y al cristianismo y los denomina "optimistas", entre los segundos -"pesimistas"- sitúa a Hobbes y a Kelsen. Asimismo Kelsen se encuentra entre quienes no aceptan la posibilidad de que desaparezca el estado o -lo que es lo mismo en términos kelsenianos- el derecho, la normatividad en general; pero no porque el estado sea algo positivo sino porque es un mal necesario. En cuanto al concepto negativo que tiene de la naturaleza humana, el mismo se manifiesta en la existencia de pulsiones egoístas y anticomunitarias, pero nuestro autor cree que el hombre puede ser "educado", "reprimido" mediante el derecho. En cuanto al valor de la libertad lo eleva al sitio de valor humano supremo, el hombre quiere ser libre pero sólo puede serlo con control social, ya que de lo contrario no podría subsistir; Kelsen es un crítico del poder pero es consciente de que sólo dentro del orden estatal es posible reprimir las pulsiones antisociales. La libertad es la aspiración ideal y la democracia su posibilidad histórica, la "dominación" de la naturaleza del hombre no puede ser violenta, debe ser "racional", consentida por el dominado. Correa continúa explicando que el jurista austríaco ha querido quitar toda justificación científica a quienes ejercen el poder, no hay ciencia que fundamente el poder, lo más que puede reconocerse es que "por naturaleza" es necesario algún contenido normativo pero ninguno en especial, incluso las normas que establecen las técnicas democráticas deben ser discutidas y aceptadas, siempre debe buscarse la legitimación del poder en el consenso (68).

2) La antropología política de Kelsen.

Al explicar la antropología política kelseniana, se señala que la libertad y la igualdad, además de ser las ideas fundamentales de la democracia son los dos instintos primitivos del hombre como ser social y son reacciones frente a la coerción ínsita en toda sociedad. En la propia naturaleza del hombre hay una resistencia a la heteronomía,

de allí que en el origen de lo social hay un elemento individual, una afirmación del yo frente a lo otro con carácter de rechazo de la pretensión de dominarlo. Al rechazarse la superioridad de los demás y reconocerse que todos los hombres son iguales, se plantea el interrogante ¿de dónde emana el derecho del gobernante a mandar?". No obstante la condición de sentimientos antiestatales que Kelsen atribuye a la libertad y a la igualdad, al mismo tiempo aparecen en su obra con un sentido positivo en cuanto fundantes de la democracia y también, en su crítica al marxismo, reivindica como "natural" el instinto de propiedad en el hombre (70).

Correas advierte una dualidad en Kelsen de acuerdo al tenor y finalidad de sus escritos. En los textos en los que defiende a la democracia el hombre natural tiende a la libertad, en los que ataca a los totalitarismos el hombre natural es "malo". Pero siempre es consecuente en señalar que el individuo se opone a la sociedad, y en ambos casos es la coerción social la que permite la vida social. Aquí se da otro dato natural que funda al estado, que se expresa en la idea de que no puede haber un orden "justo" mientras el concepto de felicidad -otro anhelo "natural" en el hombre- se reduzca a un nivel individual, porque la felicidad de uno puede ser incompatible con la del otro. La felicidad que un orden social puede asegurar sólo puede ser entendida en sentido colectivo y ella se identifica con la idea de justicia. El dato natural de la felicidad sólo puede alcanzarse socialmente, y ello sólo es realizable con la existencia del estado, ya que el mismo resulta necesario para seguir siendo libres e iguales. De la idea de igualdad se infiere que nadie debe dominar a nadie, pero la experiencia humana demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar un dominio ajeno (71). Pero ese dominio necesario debe tener ciertas características para que sea conforme a la naturaleza humana, al anhelo de felicidad y libertad. Como la sociedad y el estado deben existir, es necesario que exista una autoridad, pero ya que debemos ser gobernados aspiramos a serlo por nosotros mismos, así la libertad natural se convierte en libertad social y política. En este paso de la libertad natural a la libertad social se aprecia la contraposición entre causalidad y norma, la primera se da en las leyes

naturales mientras que la segunda en las leyes sociales. El pasaje de lo natural a lo social importa una "desnaturalización" que se presenta en la "socialización" del hombre (72). Ahora bien, la libertad política que importa el gobierno de todos, el "autogobierno", resulta impracticable porque implica la unanimidad en las decisiones lo cual no es posible dada la diversidad de los intereses. Se pasa así al gobierno de la mayoría que regentea el orden creado por unanimidad. El principio de la mayoría deriva para Kelsen de la libertad y no de la igualdad, ya que como resulta imposible que todos tengan una voluntad concordante a la general, al menos este principio conduce a que los "disidentes" sean menos que los "concordantes" (73). Este tránsito de la libertad concebida como la no sumisión del individuo a la autoridad hacia un concepto que la "reinterpreta" como cooperación del individuo en la autoridad, para Kelsen importa tránsito del liberalismo a la democracia, que consistiría en la participación del dominado en la dominación. Pero señala nuestro autor que en la democracia hay aniquilamiento de la libertad individual, ya que ésta queda postergada por la "voluntad" del estado, la "voluntad general", la libertad del individuo es desplazada por la soberanía del pueblo; razonamiento que ratifica la concepción kelseniana de que el estado es necesario pero no por ello deja de ser un mal. En cuanto al gobierno del pueblo, advierte nuestro jurista que el pueblo no existe como unidad, no hay pueblo, sólo existen ciudadanos que participan en la formación de la "voluntad" del estado distribuidos en partidos políticos. A su vez estos partidos actúan en un parlamento que es el encargado de decir la voluntad estatal y la manera de formar dicha voluntad más apropiada a la idea de participación de los gobernados es la del principio de la mayoría. El parlamentarismo es así para Kelsen la técnica social que más aproximadamente respeta el anhelo natural de libertad.

Concluye Correas que en este "decurso" kelseniano, que va de la naturaleza humana hasta una técnica social, se otorga una fundamentación jusnaturalista a la democracia, en cuanto ésta sería un contenido de normas ajustado "lo más posible" a la naturaleza humana (74).

3) Relación entre formas mentales y concepciones políticas.

En su análisis de la obra "extrajurídica" de Kelsen, Correa se detiene en la ' relación que el maestro vienés establece entre determinadas formas mentales y determinadas concepciones políticas, hurgando al efecto en temas de psicología. Aquí se vuelve sobre la detección que hace Kelsen sobre las dos tendencias dispares del espíritu humano: racional y emocional, la primera enderezada al conocimiento objetivo y la segunda a la representación de lo útil y deseable, de lo nocivo, de lo moralmente bueno o malo, de lo cual ya nos hemos ocupado en la parte final del pto. 1 -Ciencias causales y normativas- del capítulo II -"El Kelsen jurista". Lo peculiar del enfoque que aquí aborda Correa es la correlación que Kelsen establece entre tales tendencias espirituales con las concepciones políticas. Así la tendencia racionalista alcanza una noción de la naturaleza regida por la ley de la causalidad, mientras que la emocional produce una noción de naturaleza regida por leyes morales. Esta última tendencia explica la existencia de los "jusnaturalistas", que ven en la naturaleza la fuente de las normas, concepción netamente primitiva para nuestro autor. Esta forma mental -que juzga primitiva- se corresponde con la forma política totalitaria, propia de quienes no reconocen en el otro a un igual, y que desarrolla en quien manda una percepción de superioridad sobre los demás y en quien obedece una identificación ciega con quien tiene el poder. En la autocracia no hay discusión ni oposición tolerable, en la democracia prima la racionalidad, el principio de tolerancia, la libertad de conciencia y de ciencia. Y finalmente Kelsen señala que, al tiempo que él escribe, los regímenes dictatoriales tienden a rodear al poder de elementos místicos e irracionales e invocan la existencia de entidades colectivas adoptando términos como el "alma" de las masas, que no son más que meras creaciones humanas (75).

IV. ¿Se puede hablar de un jusnaturalismo mínimo?"

Otro de los autores de uno de los ensayos incluido en la obra que comentarnos califica a Kelsen de "jusnaturalista mínimo". En

efecto, Juan Ruiz Manero califica así al jurista vienés en tanto según Kelsen la apelación a la naturaleza humana no permitiría justificar ningún contenido normativo determinado, pero sí lo haría respecto de la propia existencia de un ordenamiento coactivo (76). Más allá de que no compartimos plenamente esta afirmación, lo que trataremos de explicar en este punto, la primera observación que se nos ocurre es que si Kelsen puede ser considerado un "jusnaturalista" -a secas por ahora-, evidentemente su obra resulta contradictoria o bien aquellos que él llama jusnaturalistas y que tanto combatió no son tales, al menos en los mismos términos en los que se puede aplicar esta calificación a Kelsen.

Entendemos que luego de lo expuesto en cuanto al Kelsen jurista y en cuanto al Kelsen filósofo político, existen ciertas contradicciones en su obra que trataremos de precisar, las que sin embargo encontramos debidas al diferente rol asumido por nuestro autor de acuerdo al enfoque que aborda, esto es, desde la ciencia del derecho o desde la filosofía política y jurídica. Respecto de esta diferencia de enfoques, es de recordar que para Kelsen la consideración de la moral y el derecho como dos sistemas normativos distintos y mutuamente independientes, implica solamente que el jurista al determinar el material jurídico no tenga en cuenta lo moral y el estudioso de la ética haga lo propio con lo jurídico al determinar el material moral (77). Creemos que el meollo de la "contradicción" - se justifica el entrecomillado por lo dicho en la oración precedente-kelseniana, está en la crítica que él efectúa al "jusnaturalismo", en cuanto al sincretismo epistemológico, en el pasaje del "ser" al "deber ser", en la posibilidad de extraer juicios normativos de juicios descriptivos. En realidad el pasaje resulta ser doble: de juicios descriptivos se obtienen juicios axiológicos los que a su vez proveen los juicios normativos o prescriptivos. Decimos esto porque el Kelsen que nos muestra Correa comete a nuestro juicio ese mismo "contrabando" epistemológico. El Kelsen jurista separa tajantemente, como ya hemos dicho, la realidad natural objetiva donde reina la causalidad -el "ser"-, de la realidad social donde reina la imputación y donde las normas dependen de valores que siempre son subjetivos

porque dependen de normas supuestas -aquellas que dicen que el hombre debe vivir en libertad o bajo la seguridad de la autoridad-. En este planteo no existe conexión alguna entre el "ser" y el "deber ser" que siempre responde en última instancia a una norma supuesta. Pero el Kelsen jusfilósofo no dice lo mismo. Si nos quedamos con la categorización de Ruiz Manero de "jusnaturalista mínimo", por lo pronto esto implica que de la propia naturaleza humana -del "ser", de juicios descriptivos que nos "muestran" cómo es el hombre- se infiere la necesidad de un ordenamiento normativo, esto es de una autoridad, lo que equivale a decir que el hombre por su propia naturaleza "debe" vivir en asociación jurídico-política. Kelsen pensó al hombre como un ser cuya naturaleza incluye tendencias egoístas y violentas y por eso puede ser "reprimido" y su conducta "controlada" mediante el derecho, ya que de otra manera el hombre no podría subsistir (78). Ahora bien, esto significa que del "ser" egoísta, violento y anticomunitario del hombre se deriva que "debe" vivir bajo un ordenamiento jurídico para evitar que el género humano viva en permanente conflicto. Hasta aquí el concepto de "jusnaturalismo mínimo" que ya nos muestra una visión diferente al Kelsen jurista, dado que aquí se pasa del ámbito descriptivo al prescriptivo. Este Kelsen "jusnaturalista mínimo" nos enseña que el estado - o el derecho lo que para nuestro autor es lo mismo- es necesario y como tal se debe vivir bajo su órbita, pero también nos expresa que es un mal necesario, porque reprime la libertad natural que existe en el hombre.

Ahora bien, entendemos que existen otras ideas en la obra "jusfilosófica" de Kelsen que lo convierten en algo más que un "jusnaturalista mínimo", porque según las mismas, de la naturaleza humana no sólo se deriva la existencia de un ordenamiento coactivo sino que también un determinado contenido normativo, de una determinada forma de régimen jurídico-político, la democrática. Concretamente lo expresa Correas cuando manifiesta que Kelsen proporciona una fundamentación jusnaturalista de la democracia, en el sentido de que la democracia es un contenido de normas ajustado "lo más posible" a la naturaleza humana (79). ¿Cómo se explica esto?

Hemos visto que Kelsen había calificado de egoísta, violenta y anticomunitaria a la naturaleza humana y también entiende que existe una natural tendencia a la libertad en la misma, pero como no puede subsistir sin control social, debe vivir bajo el ordenamiento jurídico-político que mejor respete esa natural tendencia a la libertad que es el democrático, su dominación debe ser consentida, racional (80). Nuevamente tenemos aquí ese "salto" del "ser" de esa natural tendencia a la libertad -que se puede describir a partir de la naturaleza del hombre- al "deber ser" de la democracia como forma de organización jurídico-política. Pero en realidad ese salto o pasaje no es directo de lo descriptivo a lo prescriptivo, porque en su trayecto encontramos la "intermediación" de lo axiológico, del valor. Para que Kelsen concluya que el hombre debe vivir bajo alguna forma de organización política no basta con describir que el hombre tiene pulsiones egoístas. Hace falta completar ese esquema con la consideración de que es "valioso", "bueno", que el género humano subsista, ya que sin dicha apreciación axiológica que es la que justifica la existencia del control social no se comprende por qué debe existir el estado. Y lo mismo ocurre con la democracia, es necesario considerar valioso que el hombre conviva en el mayor ámbito de libertad posible aún dentro de la organización estatal.

Llegados al punto anterior cabe preguntarse: ¿cuál es el fundamento de tales juicios axiológicos, por qué es valioso que el ser humano conserve su vida o conviva en el mayor ámbito de libertad posible? El Kelsen jurista nos diría que ello depende de una norma supuesta por quien enuncia ese juicio de valor, el que de esa manera resulta ser totalmente subjetivo, ya que ese "deber ser" no puede ser "contrabandeado" del "ser" de la realidad objetiva. Y en esa norma supuesta se basa la norma fundamental positiva que es la primera constitución. Sin embargo el Kelsen jusfilósofo nos brinda otra versión. Es de hacer notar que Kelsen reivindica la democracia no sólo porque permite la libertad sino porque es la forma de organización política que cuenta con el consentimiento de quienes viven bajo la misma, o mejor dicho en ese "consentimiento" hace radicar Kelsen a la libertad, lo que se aproxima al concepto de

"libertad psicológica", de allí que exprese que la democracia es una dominación "racional" de la naturaleza del hombre. Pero ¿de dónde se extraen estos conceptos de "consenso", de "racionalidad"? Estos conceptos se extraen de la naturaleza humana, de la "descripción" de la "realidad humana", que nos muestra que el hombre es capaz de "razonar" y de lograr un conocimiento del mundo exterior a través de sus sentidos y su raciocinio. No decimos del conocimiento de la verdad para no adentrarnos en el arduo tema de la existencia de una verdad objetiva y única, pero sí creemos que es un dato de la realidad la "Autonomía de la persona" que se manifiesta por la capacidad del ser humano de obtener libremente un conocimiento -si bien parcial- de la realidad a través de la razón, por propia convicción y no por un mandato impuesto -ello no crearía "propia convicción"-. También aquí es dable hacer la salvedad de que quizás la razón no es la única vía -o la suficiente- de obtención del conocimiento pero sí entendemos que puede decirse de ella que es necesaria para todo esfuerzo intelectual de aprehensión cognoscitiva. Se podrá refutar que ello es un dato de la realidad parcial, ya que existen muchas conductas irracionales en el hombre. Y aquí es donde consideramos que el Kelsen jurista no toma los datos de la naturaleza humana "sin beneficio de inventario". Porque si bien es cierto que en el hombre hay conductas irracionales, violentas y antisociales, creemos ver en esta faceta de Kelsen que él rescata como "valioso" aquello que en la naturaleza humana propende al desarrollo de las capacidades potenciales del ser humano. Por ello en su defensa del control social a través del derecho y el estado lo subyacente es el valor de supervivencia de la vida humana, "piso básico" para el ulterior ejercicio de las demás potencialidades que se anidan en la naturaleza humana. Y por ello en su defensa de la democracia también está subyacente el valor de la libertad psicológica, de la autonomía de la persona, dado que también nos permite una aproximación cognoscitiva a la realidad no más cierta -nuevamente la incertidumbre en torno a la verdad-, pero sí más satisfactoria desde el ejercicio de nuestras capacidades intelectuales. Con relación a esta defensa del control social y de la democracia creemos apreciar una contradicción en Kelsen, ya que se empecina en ver al estado y al derecho como

males necesarios, sin embargo son "males" en función de una "visión idílica" del ser humano, pero en el propio esquema kelseniano son "bienes" teniendo en cuenta la realidad de las tendencias humanas. Es obvio que existen en la naturaleza humana pulsiones violentas, de desprecio por el otro, de irracional obediencia y sometimiento a un líder -lo que implica una renuncia a la propia autonomía personal-; Kelsen mismo explica estas actitudes y rasgos de personalidad al describir la forma mental autoritaria (81). Lo que ocurre, a nuestro modesto entender, es que la naturaleza humana no es "buena" ni "mala" en forma total, sino que existen tendencias que favorecen un desarrollo más completo e integral de sus potencialidades y otras que las desfavorecen y a partir de esa divisoria es que entendemos posible rescatar una pauta para calificar de "valioso" o "disvalioso" algunas de estas tendencias "naturales" del hombre. En todo este último análisis que intentamos efectuar nos hemos cuidado de ubicar dentro de esas pulsiones "desfavorables" al pleno desarrollo del ser humano, lo que Kelsen engloba bajo el rótulo de "emocional" como contracara de lo "racional". Ello obedece a que entendemos que las tendencias emocionales pueden engrosar el inventario de lo "valioso" en ciertas relaciones humanas -caso de la amistad, el amor-, pero que llevadas al ámbito del conocimiento o de las relaciones políticas se presentan de manera "disvaliosas" por no ser conducentes a un respeto de la autonomía de las demás personas. Con lo cual consideramos que no sólo existen tendencias "buenas" y "malas" en la naturaleza humana, sino que también una misma tendencia puede variar de dimensión axiológica de acuerdo al ámbito de las relaciones humanas en que se manifieste. Kelsen opone tajantemente lo racional a lo emocional indicando que esta última pulsión engendra la representación de lo útil y deseable, de lo bueno y lo malo, sin embargo él mismo está calificando de "mala" -de manera implícita- a esta tendencia y de "buena" a la racional y no nos parece que arribe a dicha conclusión por una cuestión meramente sentimental y subjetiva, sino como resultado de un decurso racional, con lo cual las fronteras entre el "ser" y el "deber ser" aparecen un tanto borrosas en este Kelsen jusfilósofo (82). No parece que el concepto de "bueno" o "malo" parta simplemente de una norma meramente supuesta por quien la enuncia

y que "infecta" de subjetividad todo el campo axiológico, sino que en el mismo Kelsen encontramos que existe una raíz -si bien profunda en cuanto a lo remoto de la conexidad-"hallable" en un sector de la realidad natural que "tiñe" de objetividad -aunque sea parcialmente- al fundamento de lo axiológico. Sinceramente entendemos, y consideramos que el Kelsen jusfilósofo avala esta conclusión, que existe un cierto mínimo de objetividad dada por la común naturaleza humana que permite fundamentar un básico piso de valores universales sin caer en un absoluto relativismo axiológico. Podría decirse que el Kelsen jurista tiene por objeto brindar un concepto descriptivo del derecho en el cual la norma fundamental es avalorativa, presupuesta por la conciencia jurídica y que se especifica por su estructura y función y cuya enunciación es del tipo: "debe obedecerse aquellas normas sancionadas por el constituyente originario". En cambio el Kelsen jusfilósofo intenta determinar un concepto prescriptivo del derecho, en el cual la norma fundamental no se desinteresa por lo axiológico y que se especifica por su contenido, el que muy rudimentariamente podría reducirse a una expresión del tipo: "debe obedecerse aquellas normas que propendan al respeto de la libertad psicológica como tendencia natural en el ser humano". En este esquema, resulta claro que la legitimidad democrática del ordenamiento jurídico, pasa a ser un requisito necesario -aunque no suficiente- para validar al mismo.

Efectuadas las anteriores reflexiones, corresponde que nos formulemos el interrogante con que titulamos este capítulo. ¿Es válido hablar de un "jusnaturalismo mínimo"? Creemos que sí en base a lo antedicho, a ese mínimo de objetividad que es dable encontrar como fundamento del nivel axiológico. Y es más, ese jusnaturalismo mínimo no es tan mínimo en el sentido que atribuía Ruiz Manero a Kelsen, ya que no sólo , es dable considerar como necesario y valioso la existencia de un orden jurídico a partir de la naturaleza humana, sino que también se puede inferir de esa misma naturaleza un ; mínimo contenido normativo, en cuanto resulta más conforme a ella un sistema jurídico-político que respete y asegure ciertos valores básicos como la vida, la autonomía de la 4 persona, la libertad psicológica: el

consenso. Obviamente que dependerá de cada tiempo y espacio la más conveniente instrumentación de tal ordenamiento, de allí que no pueda predicarse de una forma de gobierno determinada que sea la única aceptable para toda época y lugar, insusceptible de aceptar la relatividad propia de valoraciones que dependen de factores histórico-culturales. Entendemos que a esto es a lo que se refiere Kelsen cuando llama jusnaturalistas a los totalitarios -de derecha e izquierda- en cuanto los mismos consideran su ideología como una derivación directa de las exigencias de la 4; naturaleza humana o de la historia -llámese pureza de la raza, propiedad colectiva de los 1 medios de producción o nuestra versión vernácula de modelo de autoritarismo que se llamó seguridad nacional-. Pero justamente considerar como "el más conforme posible" a la naturaleza humana a un orden jurídico que asegure condiciones de pluralismo, discusión y búsqueda del consenso, como nuestro propio autor lo hace (83), importa sí jusnaturalismo pero no como sinónimo de totalitarismo, importa un jusnaturalismo mínimo, si bien no tan mínimo que caiga en el más completo relativismo axiológico, pero no tan máximo que no admita el relativismo de las circunstancias histórico-culturales. Y en este sentido consideramos válido hablar de jusnaturalismo mínimo y ubicar a Kelsen -al jusfilósofo- entre sus defensores.

V. Conclusiones.

A modo de síntesis creemos conveniente realizar breves conclusiones de lo reseñado en este trabajo. En primer lugar es de considerar que la "dualidad" que hemos podido apreciar entre el "Kelsen jurista" y el "Kelsen jusfilósofo" guarda correspondencia con la dualidad entre el campo de la ciencia y de la filosofía. El jurista construyó una ciencia del derecho y como tal su pretensión fue la de consolidar la "pureza" de esta ciencia jurídica, en cuanto desligada de toda ideología política a fin de que no se pueda "justificar" científicamente el poder (84). Y esto es lógico por cuanto la función de la ciencia no es justificar sino describir, establecer relaciones más o menos constantes y generales entre diversos fenómenos o rasgos más o menos constantes que se presentan en la realidad para formular leyes

o tipos científicos, como es el caso de los distintos tipos de poder o autoridad de Weber -racional, carismático y tradicional- (85). De allí que no puede sorprendernos que el Kelsen jurista sea juspositivista, ya que sólo a partir de datos "positivos", "puestos", verificables en la realidad objetiva, se puede culminar una construcción científica, de allí que la ciencia del derecho o "jurisprudencia" -como la denomina Kelsen- deba limitarse a la descripción del derecho positivo (86).

Pero la fundación de una ciencia es siempre filosófica y la filosofía busca la justificación última de la realidad, no contentándose con la mera descripción de la misma, sino que trata de poner en crisis todo aspecto de ella, indagando su por qué (87). Como búsqueda de justificaciones de la realidad resulta congruente que la filosofía efectúe una reflexión axiológica, ya que una indagación del por qué de la realidad lleva a una necesaria valoración de aquello que se corresponda o no con tal razón o justificación (88). Y aquí se podría argüir que resulta inconsistente hallar esa justificación en un dato de la realidad, de la realidad humana, ya que no puede producirse el "salto" del ser al deber ser. Al respecto cabe responder que compartimos la posición de quienes entienden que la fundamentación objetiva de los valores -si bien siempre sujetos a la relatividad propia de lo histórico-cultural- no importa un salto lógico del "ser" descriptivo del juicio asertivo al "deber ser" del juicio axiológico-normativo. Si bien el "deber ser" presupone un "ser" le agrega algo nuevo, ya que declara una relación de mérito entre un fin y las exigencias de las tendencias estructurales del hombre, tal como lo expresa Bobbio al manifestar que "el fundamento de los valores debe ser indagado en las necesidades del hombre" (89).

Entendemos que el mismo método utiliza Kelsen, cuando brinda una fundamentación jusnaturalista a la democracia al considerarla el contenido de normas ajustado "lo más posible" a la naturaleza humana, con lo cual no hace ni más ni menos que establecer esa relación de mérito entre un fin y las exigencias de las tendencias del hombre (90). Y ya hemos intentado explicar que a fin de efectuar esa relación de mérito el maestro austriaco toma con

"beneficio de inventario" dichas tendencias humanas, "seleccionando" aquellas que permiten el desarrollo de las capacidades potenciales del ser humano.

Bibliografía

- (1) "El otro Kelsen", de autores varios, compilado por Oscar Correas, Univ. Nac. Autónoma de México, México 1989.
- (2) Kelsen, Hans: "Teoría pura del derecho", Eudeba, 9na., edición, 1970.
- (3) "Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, edit by Satnley Pautson and Bonnie Litschewski Paulson, Clarendon Press, Oxford 1998.
- (4) Kelsen, Hans, op. cit., pág. 15.
- (5) Kelsen, Hans, op. cit., págs. 16 y 24.
- (6) Kelsen, op. cit., pág. 17.
- (7) Kelsen, op. cit., págs. 17/18.
- (8) Kelsen, op. cit., pág. 18.
- (9) Kelsen, op. cit., pág. 19.
- (10) conf. Alarcón Olguin, Victor: "Hans Kelsen Bitácora de un itinerante", en "El otro Kelsen" págs. 18/19.
- (11) Kelsen, op. cit., págs. 17/18, 24/27.
- (12) Kelsen, op. cit., págs. 28/29.
- (13) Kelsen, op. cit., págs. 20/22.
- (14) Kelsen: "Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico", en "El otro Kelsen", pág. 286.
- (15) Kelsen: "Acerca de las fronteras entre...", pág. 289.
- (16) Ver en Honoré, Tony: "The Basic Norm of a Society", en "Normativity and Norms..." pág. 93.
- (17) Kelsen: "El alma y el derecho", en "El otro Kelsen", pág. 321.
- (18) Kelsen: "El alma y el derecho", en "El otro Kelsen", pág. 323.
- (19) Kelsen, op. cit., págs. 34/35.
- (20) Kelsen, op. cit., págs. 36/39.
- (21) Kelsen, op. cit., págs. 40/41.
- (22) Kelsen, op. cit., págs. 138/139.
- (23) Ver en Honoré, op. cit., pág. 94.
- (24) Ver en Honoré, op. cit., págs. 94/95.

- (25) Ver en Honoré, op. cit., págs. 96/97.
- (26) Ver en Honoré, op. cit., pág. 98.
- (27) Ver en Honoré, op. cit., pág. 98.
- (28) Ver en Honoré, op. cit., pág. 99.
- (29) Ver en Honoré, op. cit., págs. 100/101.
- (30) Ver en Honoré, op. cit., págs. 103.
- (31) Ver en Schmill Ordóñez, Ulises: "El concepto del derecho en las teorías de Weber y Kelsen", en "El otro Kelsen", págs. 181/182.
- (32) Ver en Schmill Ordóñez, Ulises, op. cit., págs. 183/184.
- (33) Ver en Schmill Ordóñez, Ulises, op. cit., págs. 189/191.
- (34) Ver en Raz, Joseph: "Kelsen's Theory of the Basic Norm", en "Normativity and Norms...", pág. 48.
- (35) Ver en Raz, op. cit., ídem.
- (36) Ver en Raz, op. cit., pág. 49.
- (37) Ver en Raz, op. cit., ídem.
- (38) Ver en Raz, op. cit., pág. 50 y 56.
- (39) Ver Raz, op. cit., pág. 52.
- (40) Ver Raz, op. cit., págs. 52/53.
- (41) Kelsen, op. cit., págs. 51/52 y 102/103.
- (42) Kelsen, op. cit., pág. 101.
- (43) Kelsen, op. cit., págs. 59.
- (44) Kelsen, op. cit. pág. 60.
- (45) Kelsen, op. cit., págs. 104/105.
- (46) Kelsen, op. cit., pág. 105.
- (47) Kelsen, op. cit., pág. 106.
- (48) Kelsen, op. cit., pág. 109.
- (49) Ver en Raz, op. cit., pág. 54.
- (50) Ver en Raz, op. cit., pág. 55.
- (51) Kelsen, op. cit., págs. 97/99.
- (52) Ver Bobbio, Norberto: "Kelsen y Max Weber", en "El otro Kelsen", págs. 67/68.
- (53) Ver Bobbio, op. cit., pág. 69 y Treves, Renato: "Kelsen y la sociología", en "El otro Kelsen", págs. 201/203.
- (54) Ver Treves, op. cit., págs. 204/205.
- (55) Ver Treves, o p. cit., pág. 206.
- (56) Ver Treves, o p. cit., págs. 207/208.

- (57) Ver Kelsen: " El concepto de estado de la sociología comprensiva", en "El otro Kelsen", págs. 269/270.
- (58) Ver Kelsen: " El concepto de estado., págs. 271/272.
- (59) Ver Kelsen: " El concepto de estado ", págs. 274/278.
- (60) Ver Kelsen: "El concepto de estado y la psicología social", en "El otro Kelsen", pág. 335.
- (61) Ver Kelsen: "El concepto de estado y la psicología social", págs. 336/337.
- (62) Kelsen: "El concepto de estado y la psicología social", pág. 340.
- (63) Kelsen: "El concepto de estado y la psicología social", pág. 355.
- (64) Kelsen: "El concepto de estado y la psicología social", pág. 357.
- (65) Kelsen: "El concepto de estado y la psicología social", págs. 369/370.
- (66) Correas, Oscar: "El otro Kelsen", en "El otro Kelsen", págs. 27/28.
- (67) Correas, Oscar, op. cit., págs. 28/29.
- (68) Correas, Oscar, op. cit., págs. 29/31.
- (69) Correas, Oscar, op. cit., págs. 32/33.
- (70) Correas, Oscar, op. cit., págs. 34/36.
- (71) Correas, Oscar, op. cit. pág. 37.
- (72) Correas, Oscar, op. cit. pág. 38.
- (73) Correas, Oscar, op. cit. pág. 39.
- (74) Correas, Oscar, op. cit. págs. 40/43.
- (75) Correas, Oscar, op. cit., págs. 43/48.
- (76) Ruiz Manero, Juan: "Sobre la crítica de Kelsen al marxismo", en "El otro Kelsen", pág. 159.
- (77) Ver en Raz, op. cit., págs. 65/66.
- (78) Ver en Correas, op. cit., págs. 30/31.
- (79) Ver en Correas, op. cit., pág. 43.
- (80) Ver en Correas, op. cit., pág. 31.
- (81) Ver en Correas, Oscar, op. cit., págs. 43/45.
- (82) Correas, op. cit., págs. 43/46.
- (83) Ver Correas, op. cit., pág. 43.

- (84) Ver Correas, op. cit., págs. 27/28.
- (85) Ver en Quintas, Avelino Manuel: "Episteme e politica", Giuffré Editore, 1987, págs. 14/18.
- (86) Ver Correas, op. cit., pág. 28.
- (87) Ver en Quintas, op. cit., pág. 13.
- (88) Ver en Quintas, op. cit., pág. 19.
- (89) Ver cita de Bobbio, Norberto: "Introduzione alla filosofia del diritto", Torino, Giappichelli, 1948, p. 34; en Quintas, op. cit., pág. 22.
- (90) Ver Correas, op. cit., pág. 43.

El matrimonio y la autonomía personal (a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo pero no exclusivamente acerca del mismo)

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: El Reporte N° 24 (septiembre 2011), p. 11-39.
[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

I.- Introducción. – II.- La autonomía personal y la libertad psicológica como valores fundamentales de la democracia. –III.- El estándar constitucional de la autonomía personal. IV.- La reglamentación razonable de la autonomía personal. Perfeccionismo y paternalismo. Omisiones y prestaciones. V.- El matrimonio y la autonomía personal. VI. El matrimonio entre personas del mismo sexo v la autonomía personal. VII.- Matrimonio entre personas del mismo sexo, incesto y poligamia. VIII.- Conclusiones.

I. Introducción

La reciente sanción de la ley 26.618, modificatoria del Código Civil, estuvo precedida de un fuerte debate en torno a los argumentos constitucionales, tanto a favor como en contra de la misma. Y cuando de argumentos constitucionales se trata, es sabido que lo que está en juego es el discurso sobre los derechos consagrados en la Constitución. Evidentemente son varios los derechos que fueron involucrados en esta discusión. A mero título enunciativo mencionaré el derecho a la igualdad, el derecho a no ser discriminado, el derecho de los niños a tener una familia heteroparental, entre otros. El objetivo de este trabajo es examinar el matrimonio entre personas del mismo

sexo, básica aunque no exclusivamente de ello trata la ley, a la luz del derecho a la autonomía personal. El interés por analizar esta relación reside en que considero que dicho derecho, o principio según algunos, resulta central para justificar un orden jurídico democrático, y por lo tanto es un derecho del cual derivan o abrevan, sino todos, la gran mayoría de los restantes derechos constitucionales.

A los efectos de este escrito me' limitaré al tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin apreciar otras cuestiones consiguientes, no por ello menos importantes, como la adopción de menores por parte de personas homosexuales o el acceso de las mismas a técnicas de fecundación asistida. Sin embargo, y como lo preanuncia el título, para arribar a determinadas conclusiones respecto al matrimonio homosexual y la autonomía personal, habré de examinar cómo se relaciona esta última con la institución del matrimonio en general, por lo que se desgranarán conceptos más amplios que los limitadamente referidos al matrimonio entre personas del mismo sexo. Hecha la anterior aclaración, encuentro conveniente destacar los artículos y párrafos de artículos del Código Civil modificados por la ley que merecen la atención por la materia a tratar. Así el artículo 172 fue modificado en su primer párrafo y le fue añadido otro seguidamente a aquél, estableciendo su redacción, en lo que aquí interesa: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". El artículo 188 fue reformado en su tercer párrafo, el que quedó redactado de la siguiente manera: "En el acto de celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio".

Básicamente esas dos normas son las que introducen el matrimonio entre personas del mismo sexo y por ende las que nos interesan. La cuestión que me propongo analizar es si la reforma al Código Civil resulta exigida desde los estándares constitucionales del derecho a la autonomía personal; si por el contrario resultaría suficiente con reconocer otro tipo de vínculo jurídico como la unión civil; o si desde una posición más restrictiva el Estado podría válidamente negar validez a este tipo de uniones, respetándose la autonomía personal con la mera ausencia de prohibición de la homosexualidad. Quizás pueda sorprender esta última alternativa, mas no debería ser así cuando en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica existen leyes que criminalizan este tipo de vínculos. Por último agregaré en esta introducción que otro tema que corresponde analizar, debido a distintas opiniones sostenidas en el debate previo a la ley, es si resulta comparable el matrimonio entre personas del mismo sexo con la poligamia el incesto. Entiendo que esta comparación también es susceptible de causar perplejidad, mas quienes critican la reforma pueden argumentar que en base a la misma autonomía personal que justificaría el matrimonio homosexual, consecuentemente habría que admitir el matrimonio poligámico o incestuoso siempre que haya pleno y libre consentimiento de los cónyuges.

II. La autonomía personal y la libertad psicológica como valores fundamentales de la democracia.

Es sabido que el artículo 19 de la Constitución Nacional consagra en su primera parte el principio o derecho de autonomía personal, con la siguiente fórmula: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ya la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Nino ha señalado que los derechos básicos cuyo reconocimiento supone el liberalismo derivan de principio general contenido en la norma citada y que veda la interferencia de cualquier actividad que no cause perjuicio a terceros (1). Este autor ha conceptualizado al principio de autonomía de la persona como aquél que prescribe, que "siendo valiosa la libre

elección individual de planes de vida y la adopción de ideas de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución (2). Quizás haya sido Mill quien de manera más clara y persuasiva justificó este principio al expresar que "Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad para ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión...la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y sí sólo para la seguridad de otros... Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón 'prima facie' para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general...Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés sólo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquella porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente" (3)

La claridad de las palabras de Mill se manifiesta en el reconocimiento de que es propio de la persona humana reflexionar y razonar acerca de su propio bien, y consecuentemente la adhesión a un proyecto de vida que se considera valioso sólo puede ser el resultado de la libre y voluntaria convicción -permítaseme la redundancia, ya que entiendo que quien se convence de algo sólo puede arribara dicho estado mental en forma libre y voluntaria-. De ello se sigue que carece de sentido que la autoridad estatal pretenda, en forma coactiva imponer un determinado plan de vida o prohibir el elegido si el mismo no causa perjuicio a terceros. Es que, como lo explica Nino, el intento de imponer ideales personales es autofrustrante, y por ende, irracional (4), ya que nadie puede adherir a un ideal de moral personal si no está convencido de su bondad.

Encuentro que el principio de la autonomía personal es fundante del régimen democrático. En un anterior trabajo escrito hace ya más de una década (5), intenté dar una explicación justificatoria de la titularidad del poder constituyente originario por parte del pueblo. A tal fin, y desde un planteo que no hesito en considerar "iusnaturalista", argumenté que en la estructura natural del ser humano existe un aspecto intelectual por el cual le es dado conocer realidades de tipo inmateria1 (6). Este conocimiento es posible por la capacidad intelectual del ser humano, la inteligencia o entendimiento, por el cual se analiza el bien o el mal de una determinada acción y de esa manera se juzga sobre los bienes que se proponen a la voluntad, considerada ésta como un "apetito" humano derivado del conocimiento intelectual por el cual el ser humano quiere o rechaza determinada acción (7). A esta actividad intelectual, cognoscitiva y volitiva, se corresponde un valor que es la libertad psicológica, esto es la libertad de elegir que satisface la capacidad de decisión de la voluntad que siempre debe elegir entre los bienes que le presenta la inteligencia y que son limitados, por lo que no puede apetecerlos de un modo necesario (8). De allí que ningún conocimiento determina necesariamente a la voluntad, si ésta está determinada de manera unívoca no es precisamente como consecuencia del conocimiento sino por falta de él -ignorancia- o por alguna perturbación del mismo -por una pasión intensa o porque la imaginación no está expedita- (9). Es decir, el acto intelectual exige naturalmente de libertad psicológica para ejecutarse en forma plena. No se puede querer el bien o la verdad si no se llega libremente a desearlos, sin alteración en el proceso cognoscitivo: Sin libertad psicológica no tiene sentido hablar de valores éticos, ya que no habrá acto libre ni acto moral y por ende responsabilidad de quien lo ejecuta (10).

Como consecuencia de la libertad psicológica, se presenta en el plano de la acción política la libertad política como posibilidad de participar con consenso o disenso en la formación de las decisiones gubernamentales (11). Negar a las personas que integran la comunidad la posibilidad de participar en las decisiones políticas -salvo por motivos de edad o alteración mental que impidan realizar plenamente

el acto intelectual-, es negarles en última instancia su capacidad de libre elección, su libertad psicológica. Y en definitiva, esa negativa se produce "ab initio", de manera esencial, si se coarta a la comunidad -al "pueblo"-, la posibilidad de elegir la forma de organización para su convivencia política. De allí, que resulta defendible y justificable que sea la comunidad el titular del poder constituyente originario, porque de esa manera se satisface una serie de valores -libertad psicológica, libertad moral, libertad política-, que a su vez se corresponden con requerimientos "naturales" del ser humano. De este razonamiento resulta una concepción del poder constituyente originario según la cual su titular, la comunidad, tiene límites en su ejercicio. De hecho, si el fundamento de dicha titularidad sería la libertad psicológica de cada individuo, que como capacidad de autodeterminación se concreta en libertad política a la hora de tomar decisiones comunitarias, resultaría contradictorio que los miembros de esa misma comunidad en ejercicio de "dicha libertad psicológica", se nieguen de allí en más y para siempre ese mismo ejercicio. No sería lógico que la comunidad suprimiera el fundamento por el cual es titular del poder constituyente originario.

No quisiera concluir este punto sin mencionar la opinión de Bouzat, la que encuentro concordante con lo anteriormente expuesto en relación a la importancia del valor de la autonomía personal en la fundamentación de la democracia. El autor citado señala que la justificación de la democracia reside en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad, los que entiende presupuestos en la deliberación democrática y que no pueden ser desconocidos sin negar la democracia misma. Ello es así por cuanto se trata de valores asumidos por quienes participan de la práctica democrática y resultan precondiciones de la democracia, ya que la democracia exige la autonomía en la formación de la voluntad; es decir la libertad de aceptar o no los argumentos que se esgrimen en el debate. A su vez, el debate democrático presupone que nadie tiene un acceso privilegiado a la verdad y que todos están en igualdad de condiciones (imparcialidad) a la hora de argumentar. Son los valores de la autonomía y la imparcialidad, los que, incorporados a los

procedimientos democráticos dan forma a una idea regulativa que favorece la adopción de decisiones que promuevan la libertad y la igualdad. Asimismo, agrega este autor, que los mismos valores que presupone la democracia dan fundamento a los derechos fundamentales de las personas. Dichos valores tienen un carácter mucho más general del que surge del contenido de los derechos y a través de la democracia se concretan en los distintos derechos. Es decir, la democracia enlaza los principios de los derechos humanos y de la soberanía popular porque a través de la participación y discusión democrática, los derechos humanos, que se fundan en los valores de la autonomía y la imparcialidad, se institucionalizan y precisan (12)

Entiendo que ha quedado claro por qué corresponde asignar a la autonomía personal, o a la libertad psicológica -entendidos ambos conceptos como significantes de la misma realidad-, la condición de valores o principios fundantes del sistema democrático de gobierno y de los derechos fundamentales que resultan implicados en el mismo.

III. El estándar constitucional de la autonomía personal

Con lo argumentado hasta aquí se ha intentado razonar que la autonomía personal importa que el individuo debe ser libre a la hora de tomar decisiones que hagan a su vida personal, siempre y cuando ello no afecte a terceras personas. Esto nos conduce al concepto de "conducta autorreferente". ¿Qué significa este concepto?. Nino tiene dicho que el carácter privado de las acciones no depende de que sean o no accesibles al conocimiento público, sino de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente (13). De manera consistente sostuvo que "una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causahente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar" (14).

Considero a la anterior conceptualización como una de las más logradas de conducta autorreferente. Es que debe tenerse presente que indirectamente toda conducta que asumamos puede afectar intereses de terceros, lo que nos lleva a "seleccionar" cuáles son los intereses de esos terceros que resultan relevantes para que los mismos puedan válidamente impedir que dicha conducta no se lleve a cabo. Por dar un ejemplo burdo, si me molesta que mi hijo lleve el cabello largo o un arito en la oreja, evidentemente su actitud me afecta, porque me molesta. Sin embargo no me afecta en mi plan de vida, sino que lo afectado es mi preferencia sobre cómo el debería presentarse frente a los demás, es decir mi preferencia sobre cómo debería ser su imagen. Dicha afectación a esas preferencias mías no quitan a su conducta el carácter de "autorreferentes". Nuevamente recurrimos a Nino, quien en forma preclara señala que el principio o derecho de privacidad no excluye directamente a ciertas acciones de la interferencia estatal sino que excluye a ciertas razones para interferir con acciones (15). De acuerdo al ejemplo anterior, las preferencias que tengamos respecto del plan de vida de las demás personas no son razones suficientes para interferir en las conductas de ellas.

En ese mismo orden de ideas, dice Nino que si bien toda conducta puede tener consecuencias intersubjetivas, resulta relevante para su protección bajo el principio de autonomía o para su inclusión en el derecho a la privacidad, que dicha conducta sea valorada por el agente como parte importante del plan de vida que ha elegido (16). Desde ya que un asesino no podría alegar que su plan de vida consiste en segar la vida ajena, por cuanto allí estaría afectando el plan de vida ajeno. Esto no es justificable, ya que por razones de imparcialidad y de no autocontradicción, quien exige respeto por su plan de vida debe respetar el ajeno.

Ahora bien, ¿qué se entiende por plan o proyecto de vida?. Encuentro interesantes los conceptos que desde el derecho privado desgrana al respecto Fernández Sessarego. ate civilista expone un concepto de libertad personal entendida como "proyecto", explicando

que supone la capacidad inherente al ser humano de proyectar una manera de existir, un plan existencial. Se es libre para proyectar una "manera de vivir", de lo que es dable concluir que la libertad implica un continuo proyectar (17). Continúa expresando este autor que se designa como el singular y único "proyecto de vida" aquel que la persona concibe y elige, con el propósito de realizarlo, de contemplarlo hecho realidad en el curso de su existencia. Es el sentido y razón que cada ser humano otorga al don de su vida. Es lo que el ser humano decide ser y hacer "en" su vida y "con" su vida. Por ello no permanece en un mero nivel existencial, sino que importa una elección de orden axiológico, ya que importa una adhesión a una determinada escala de valores, implica aquello por lo que cada ser humano considera valioso vivir. Se trata del destino personal, del rumbo que se quiere dar a la vida. Es el modo en que se escoge vivir (18).

Ahora bien, de acuerdo a la caracterización efectuada por Fernández Sessarego, parecería que dentro del "plan" o "proyecto de vida", quedan incluidas aquellas conductas elegidas o expectativas y anhelos de acuerdo a los cuales una persona decide imprimir un determinado curso a su existencia. Es decir que se trataría de conductas o decisiones trascendentes, como por ejemplo elegir una determinada profesión o actividad laboral; decidir formar una familia casándose, o unirse a otra persona sin casarse o permanecer soltero; adherir a una determinada creencia religiosa y en consecuencia practicar un determinado culto o no. A la luz del estándar constitucional del artículo 19 esta visión se presenta muy acotada, ya que algunas pocas y muy importantes conductas o decisiones quedarían protegidas bajo el paraguas de este principio, sólo aquellas que le imprimen una fuerte identidad a nuestra existencia. Y esto es entendible, ya que el abordaje que se efectúa desde el derecho civil al concepto de plan o proyecto de vida parte de la importancia del mismo a los efectos de reparar el daño que se causa al mismo. De allí que al ser más acotado este concepto, más restringido será también la variedad de conductas que afecten al mismo.

Así habrá que responder civilmente por el daño al proyecto de vida si un consagrado bailarín o un cantante en ciernes, ven frustrada la posibilidad de continuar o progresar en su carrera profesional con motivo de un accidente.

Sin embargo, bajo la protección del artículo 19, se ha considerado como "acciones privadas", "conductas autorreferentes", o "decisiones que hacen al plan de vida", una serie de acciones que no revisten tanta trascendencia como para otorgarle un sello tan marcado a nuestra existencia. Vimos que, según Nino, las conductas que se encuentran protegidas por la norma del artículo 19 son aquellas valoradas por el agente como parte importante del plan de vida que ha elegido (19). Pero este concepto parece también un tanto estrecho. ¿Mi hijo valora como importante para el plan de vida que ha elegido llevar el cabello largo o usar arito?. Es posible que por su edad aun no haya elegido plan de vida alguno, o ni siquiera sepa lo que es un plan de vida. Sí hace a su plan de vida decidir estudiar una determinada carrera universitaria a los dieciocho años, o aun antes a los trece elegir estudiar en bachillerato, la escuela comercial o industrial. Quizás Nino no haya considerado que aquello que el agente valora como importante para su plan de vida tenga que tener una importancia, digamos, de carácter objetivo", esto es, aquello que determina un cierto curso a la existencia. Es factible que la referencia fuera a algo más sencillo, a aquello que el agente simplemente "quiere" hacer en su vida y no afecta lo que otros "quieren" hacer en su vida. Y ello es así porque dentro de tales conductas, Nino incluye consumir bebidas alcohólicas, fumar o practicar un deporte peligroso (20). Por lo tanto, salvo que una persona decida trabajar profesionalmente como ebrio, fumador o deportista extremo -esto último podría ser más verosímil-, lo usual es que estas actividades o conductas se practican como pasatiempo o las incorporamos a nuestra vida por el mero hecho de que nos otorgan placer, pero no las consideramos en forma consciente como relevantes para nuestro plan de vida.

De acuerdo a lo que se viene razonando, podríamos distinguir entre un concepto "fuerte" y otro "débil" de plan de vida. Así en el concepto fuerte incluimos las conductas y decisiones que imprimen un

marcado sesgo o identidad a nuestra existencia. En cambio para que queden comprendidas en el concepto débil es suficiente que las conductas sólo reflejen una determinada preferencia y obviamente no afecten a las preferencias de otros respecto de sí mismos. Entonces queda claro que si a mí no me gusta que mi hijo use un arito en la oreja se trata de una preferencia mía pero no sobre mí, sino sobre él, por ello yo no puedo invocar que su conducta o actitud me dañe. Desde ya que por cuestiones de edad si él realiza algo que afecte su salud o su vida estoy habilitado a tomar acciones para impedirlo, pero no si es mayor de edad, más allá de la asistencia moral y material que como progenitor tenga.

Entiendo que no hay mayor discusión en que el artículo 19 protege las conductas que integran o hacen al plan de vida, ya sea como concepto fuerte o débil. La jurisprudencia de la Corte resulta reveladora al respecto. Así en "Bazterrica" (21), donde se decidió la inconstitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, el juez Petracchi señaló "...que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad... resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de la organización de la sociedad de la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte derechos de los demás y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria" (22). De acuerdo a lo que dijimos más arriba, permitir el consumo personal de estupefacientes, desde la perspectiva desarrollada en el fallo citado, aparece equiparable a permitir el consumo de alcohol, por lo cual dicho consumo se nos presenta 'como integrante del concepto débil de "plan de vida".

En el antecedente "Portillo" (23) se trató de la infracción cometida por quien no se presentó al cumplimiento del servicio militar obligatorio, invocando la libertad de conciencia y de religión. La Corte dio un paso importante en el reconocimiento de la "objeción de conciencia", rescatando el principio de autonomía de la persona (24). En este caso entiendo que la conducta asumida por el objetor de conciencia hacía a una decisión trascendente a los fines de otorgarle una determinada dirección a su existencia; por lo que estaríamos frente a una conducta que hace al concepto fuerte de "plan de vida". Otro tanto cabe expresar con relación a los casos "Sejean" (25) y "Bahamondez" (26). En el primero la Corte declaró inconstitucional la norma que establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial por considerarla violatoria de determinados derechos constitucionales. Se sostuvo que en el matrimonio, como institución jurídica, se reconocen necesidades humanas, hace a las necesidades humanas esenciales, como la de satisfacer su sexualidad a través de una relación con características de permanencia, con miras a la constitución de una familia, y, regularmente, a la procreación. Las formas que la institución familiar ha adoptado son las más variadas, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones, es un producto social sujeto a cambios y modificaciones; ella constituye el modo primario de la vida social. De allí que no era irrazonable la pretensión del recurrente de que - admitido el fracaso matrimonial por la justicia- la satisfacción de sus necesidades humanas esenciales que la Constitución Nacional reconoce y ampara no fuese negada como no sea al margen de las instituciones jurídicas del matrimonio y de la familia. De no ser así, los vínculos afectivos que en el futuro se desean anudar en tal sentido deberán soportar la marca de aquello que la ley no reconoce (27). Ante ese caso, cabe preguntarse si existe algo más trascendente para el plan de vida de cada persona que unirse en matrimonio, si eso es lo que se desea, con aquella otra persona con quien se desea compartir la propia existencia. Es obvio que estamos frente a un concepto fuerte de plan de vida.

En "Bahamondez", es sabido que se trataba de un paciente que profesaba el culto de los "Testigos de Jehová", y que por

invocación de su creencia religiosa se negaba a que se le practique una transfusión de sangre. Si bien al momento de la sentencia el cuadro clínico se había modificado, se decidió que la recta interpretación de la ley 17.132 de "Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración" aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente (28). Nuevamente aquí, e independientemente de las motivaciones religiosas invocadas en el caso particular, la decisión del paciente que se niega a transfundirse, aun con riesgo para su salud o su vida, importa una decisión relevante para su plan de vida, tan es así que hace directamente a la manera en que prefiere continuarla o en todo caso culminarla. Es así que también aquí consideramos que está en juego el concepto fuerte de plan de vida.

Como síntesis de todo lo expuesto en este punto, se puede concluir que el estándar constitucional del artículo 19 protege aquellas conductas autorreferentes, es decir las que el agente considera valiosas para su plan de vida, ya sea en un concepto débil o fuerte, y que no afectan intereses serios de terceros, dentro de los que no cabe incluir las preferencias de los demás respecto del plan de vida del agente.

IV. La reglamentación razonable de la autonomía personal. Perfeccionismo y paternalismo. Omisiones y prestaciones.

Ante el estándar constitucional del artículo 19 que se ha intentado desarrollar en el punto anterior, cabe preguntarse si el Estado está habilitado para reglamentar el derecho a la autonomía personal. Una primera respuesta intuitiva basada en la misma Constitución, sería sin dudas afirmativa. Es que tanto del artículo 14 como del artículo 28 se desprende que todos los derechos son relativos y que consecuentemente los derechos se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, pero dicha reglamentación debe ser razonable. Ahora bien, la cuestión peculiar que se presenta con la autonomía personal es que, como se dijo más arriba, dicho principio

protege las conductas que el agente considera valiosas para su plan de vida, ya sea "débil" o "fuerte", y que no afecten intereses serios de terceros, no pudiendo incluir en tales intereses a las preferencias de tales terceros sobre el plan de vida del agente. Por lo tanto, al ser conductas que afectan solamente al agente, podría considerarse que respecto de ellas el Estado no tiene nada que decir, esto es, no tiene que reglamentarlas, sino solamente permitir las, o mejor dicho no prohibirlas. Es que, justamente, si la norma en cuestión establece que estas acciones están exentas de la autoridad de los magistrados, resulta acertado que se caracterice al principio de autonomía personal como un reclamo al respeto más absoluto por las conductas autorreferentes, es decir, la no intervención estatal en los planes de vida que cada uno elige, reconociendo como único límite el de no dañar a terceros (29).

Es conocida la clasificación de los derechos en positivos y negativos, o en realidad su correspondencia con obligaciones positivas o negativas. Desde una visión tradicional se ha sostenido que esas obligaciones constitucionales son de tres clases: de abstención u omisión, de dar y de hacer. Las de omisión implican prestaciones obligacionales negativas, mientras que las dos últimas constituyen prestaciones obligacionales positivas. Usualmente se ha considerado que los clásicos derechos civiles de la primera generación (de asociarse, de profesar el culto, de reunirse, etc.) implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, con lo que se quiere significar que ese sujeto y esa obligación han de dejar expedito el ejercicio del derecho por su titular, absteniéndose de impedirlo o de interferirlo. En cambio los derechos sociales de la segunda generación suman obligaciones de dar y de hacer, con lo cual se entiende que los sujetos pasivos tienen que cumplir obligaciones positivas de dar y hacer, como pagar el salario justo, otorgar descanso diario, semanal y anual al trabajador, etc. (30).

Esta denunciada diferencia de "naturaleza" entre los derechos civiles y políticos y los sociales, económicos y culturales, es objetada con sólidos argumentos. Así Abramovich y Courtis (31) señalan que muchos derechos civiles y políticos, como el debido proceso, el acceso

a la justicia, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la actuación de un grupo de personas, convocatoria a elecciones, etc.). Es así que estos autores indican que la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual. En el mismo orden de ideas, expresan que los derechos socioeconómicos y culturales también exigen obligaciones de omisión, como la obligación estatal de no dañar la salud, de no empeorar la educación o de no destruir el patrimonio cultural.

El derecho a la autonomía personal es un derecho típicamente civil, básicamente encierra el principio de la libertad que sirve de fundamento a los demás derechos, tal como se dijera más arriba. Es así que, fundamentalmente, exige que el Estado y los demás particulares omitan toda conducta que interfiera «impida el ejercicio de las conductas autorreferentes aludidas en el punto anterior. Una manera de no respetar esta obligación de omisión es prohibiendo tales conductas. Esta cuestión nos acerca a la discusión respecto a si la inmoralidad de ciertos actos justifica la interferencia estatal. Esto suscitó dos relevantes polémicas en Inglaterra, en los siglos XIX y XX. La primera, sostenida por John Stuart Mill y el juez Stephen. Mill alegó que dicha interferencia se justifica si va dirigida a proteger a la sociedad, es decir si el acto en cuestión irroga algún daño a intereses de terceros, en los casos en que la conducta del agente no perjudica a terceros debe haber completa libertad de acción. Así "...la única razón por la cual la comunidad está autorizada, individual o colectivamente, a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la protección de sí misma, el único propósito por el cual el poder puede ser legítimamente ejercido contra cualquier individuo de la sociedad civilizada en contra de su voluntad, es el de prevenir el daño a terceros. El propio bien del individuo, sea físico o moral, no

constituye fundamento suficiente. Al individuo no se lo puede legítimamente obligar a actuar o a dejar de actuar porque ello sería mejor para él, o porque lo haría más feliz o porque en la opinión de los demás, hacer tal cosa "sería prudente o, incluso, correcto..." (32). La crítica de Stephen a esta posición de Mill radicaba en que los usos inadecuados de la compulsión de la sociedad contra los individuos no puede determinarse solamente verificando si la conducta del individuo fue o no perjudicial para otros. Así sostenía que si el objetivo de la coacción es bueno y el bien que se alcanza supera a los inconvenientes de la compulsión misma, resulta incomprensible que, de acuerdo con los principios utilitaristas, la coacción pueda ser mala. En dicha línea de pensamiento opinaba que la prevención de las formas más groseras del proceder vicioso es un objetivo tan legítimo como la prevención del daño a terceros (33).

La otra polémica, sostenida en el siglo XX, se dio en 1957, también entre un juez, Lord Devlin, y un filósofo, H.L.A. Hart, y tuvo por objeto, concretamente, la abolición del delito de incurrir en relaciones homosexuales consensuales. Lord Devlin opinó que la separación entre delito y pecado no se compadece con buena parte de las leyes penales inglesas, y brinda el ejemplo de que el consentimiento de la víctima no es suficiente defensa en casi ningún delito, lo cual contradice la idea de que las leyes penales tienden sólo a proteger intereses de terceros. Su argumento principal, según lo explica Nino, es que la moralidad de una sociedad constituye un aspecto esencial de su estructura y determina su identidad como tal; por lo tanto, la sociedad está facultada para defenderse, evitando su destrucción o modificación profunda, mediante la interferencia con actos que violen sus pautas morales básicas (34). La crítica de Hart comenzó por atacar los ejemplos según los cuales muchas leyes penales inglesas tienen por objeto actos inmorales, con independencia de que causen o no perjuicio. De tal manera distinguió entre leyes paternalistas destinadas a evitar el daño físico o psicológico que alguien se inflige así mismo, y leyes dirigidas a reprimir la mera inmoralidad, sosteniendo que muchos de los ejemplos dados corresponden al primer tipo de leyes. Y culmina aduciendo que las posturas de Stephen y Devlin confunden la

democracia como forma de gobierno con un "populismo moral", según el cual la mayoría de la población tendría derecho a estatuir como deben vivir los demás (35).

Nino ha tratado profundamente la cuestión relativa a la interferencia estatal en las conductas autorreferentes, y la consiguiente distinción entre normas perfeccionistas y paternalistas. Según este autor el perfeccionismo es una concepción que parte de un criterio objetivista de la apreciación de intereses, es decir que para la misma, lo que satisface a tales intereses es independiente de los deseos de la elección de forma de vida de la persona. En consecuencia, según esta visión, es misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal, ya que el Estado puede dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores (36). Resulta obvio que se trata de una concepción claramente violatoria del derecho a la autonomía personal. Es que si la autonomía es una parte esencial del bien, y entiendo que se ha argumentado suficientemente al respecto en el punto II, ese bien no se materializa si lo que consideramos valioso en la vida se intenta alcanzar, no por la acción del titular de cada vida, sino por la imposición de terceros (37), lo cual, como se dijo antes, refleja una posición autofrustrante, ya que sin convicción, sin libre elección, toda adhesión a un plan de vida que se impone resulta una falsa o simulada adhesión.

Ahora bien, Nino distingue entre el perfeccionismo y el paternalismo estatal. Este último no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que las personas no han elegido, sino en imponer conductas que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente. Brinda como ejemplos la obligatoriedad y contenidos de la educación primaria, las leyes laborales que protegen al trabajador, la vacunación obligatoria, la obligatoriedad de cinturones de seguridad en automóviles -si bien considero este último ejemplo más discutible-. Un paternalismo no perfeccionista estaría dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan sus propios intereses

subjetivos o las condiciones que los hacen posibles (38).

Hasta aquí me he referido a que la autonomía personal básicamente puede verse afectada por interferencias producto de actos, ya sea del Estado o de otros particulares. Esta idea se corresponde con una visión clásica de la autonomía personal como derecho individual o civil que exige, como se dijo más arriba, abstenciones, omisiones que impidan la ejecución de las conductas autorreferentes. Lo que cabe indagar es si, a partir de la crítica a la clásica diferencia entre obligaciones negativas y positivas, el respeto de la autonomía personal exige también la realización de conductas positivas, "prestaciones", fundamentalmente por parte del Estado. Aquí encuentro relevante la distinción apuntada anteriormente entre los conceptos débil y fuerte de plan de vida. Entiendo que a fin de satisfacer conductas que hacen a un concepto "débil" de plan de vida basta con las obligaciones negativas. Así por ejemplo, es suficiente con que no se prohíba llevar el pelo largo o vestirse como uno prefiera, o consumir estupefacientes, alcohol o tabaco, sin perjuicio de que en estos últimos casos, desde un paternalismo válido, se señalen las consecuencias que este consumo tiene para la salud.

Sin embargo parecería que las conductas que, en principio, consideramos que integran un concepto "fuerte" de plan de vida, necesitan del Estado algo más que una mera abstención. Si uno pretende estudiar una determinada carrera, es obvio que se espera que el Estado provea la existencia de universidades a tal fin. Si se pretende unirse en matrimonio con otra persona a fin de otorgarle determinados efectos, patrimoniales o extrapatrimoniales -como el deber de fidelidad-, a lo que hasta ese momento es una unión de hecho, es claro que el Estado debe proveer las instituciones necesarias -registros civiles- para que se celebren dichos matrimonios. Es cierto que en algunos casos, como en el fallo Bahamondez, la decisión de no dejarse transfundir sangre -y de esa manera elegir cómo querer finalizar la existencia, es decir que se trata de un concepto "fuerte" de plan de vida-se satisface con una mera abstención -no imponer la transfusión-. Pero supongamos un caso análogo, como podría ser el

de quien ante una enfermedad terminal, y en pleno ejercicio de sus facultades mentales, pretende "adelantar" su muerte -típico ejemplo de eutanasia-. En tal situación cabría preguntarse si basta con que el Estado no obligue al paciente a someterse a determinado tratamiento, sino que para satisfacer su plan de vida -el cual no sólo comprende cómo vivir sino también cómo morir ante una enfermedad de tal índole-, sería necesario que se implemente algún tipo de eutanasia activa. Soy consciente que la cuestión es discutible, pero el ejemplo resulta válido para demostrar que para que las personas satisfagan su plan de vida "fuerte" la mera omisión del Estado a veces resulta insuficiente.

V. El matrimonio y la autonomía personal.

En el punto anterior intenté argumentar a fin de defender la posición según la cual se requiere que el Estado realice "prestaciones" o "reconocimientos" a favor de determinadas conductas o preferencias que integrarían un concepto "fuerte" de plan o proyecto de vida, no siendo suficiente la mera abstención de prohibición. Vuelvo al ejemplo del pelo largo, dado que su uso concierne a un concepto "débil" de plan de vida, basta con que no se prohíba su uso, pero a nadie se le ocurriría exigir del estado algún tipo de "protección" adicional. En cambio cuando dos personas proyectan compartir su vida con visos de estabilidad en la relación, lo cual indudablemente hace a un concepto "fuerte" de plan de-vida, resulta razonable que pretendan que el estado reconozca a su vínculo un "status" jurídico distinto al de una mera unión de hecho, ya que pretenden que de dicha unión emanan determinados efectos patrimoniales -régimen de sociedad conyugal, alimentos-, así como extrapatrimoniales -deber de fidelidad, asistencia-.

Ahora bien, es válido y razonable que el Estado exija determinados requisitos para "ingresar" al régimen del matrimonio y también para "egresar" de él. Sin embargo considero que la razonabilidad de tales requisitos debe estar en función del respeto a la autonomía personal, en cuanto "unirse" en matrimonio hace al

proyecto de vida de las personas en un sentido "fuerte", esto es que siempre debe tratar de preservarse que ese plan de vida sea libremente adoptado, lo que importa la libertad de abandonarlo. Así parece razonable que se exija una edad mínima para contraer nupcias de acuerdo al artículo 166, inciso 5 del Código Civil, ya que se supone que una decisión de dicha trascendencia requiere un mínimo de madurez psicofísica en los contrayentes

Lo mismo cabe expresar respecto de la organización interna de la institución matrimonial. Es cierto que el respeto a la autonomía tiene como efecto, su vez, que no se tolere ya la imposición heterónoma por la ley de los roles conyugales; en muchos casos éstos se superponen; lo que conlleva, un esquema de determinación autónoma de las funciones que competen a cada esposo (39). Ahora bien esto podría traducirse en que si ambos cónyuges libremente consienten en' que la mujer labore en la casa mientras que el varón trabaje fuera de ella desde el Estado nada se podría objetar al respecto.

Sin embargo este "respeto" a la autonomía tiene sus límites en la misma autonomía. Por los mismos motivos en que se prohíbe un "libre contrato de esclavitud", válidamente desde el Estado puede exigirse una organización, matrimonial interna que garantice un trato igualitario entre los cónyuges. Por tal motivo es que el artículo 198 del Código Civil impone a ambos cónyuges un deber mutuo de fidelidad; asistencia y alimentos. Así no podría esgrimir el cónyuge infiel ante el divorcio planteado por el otro por adulterio; que existía un pacto interno entre ellos que lo relevaba solamente a él u deber de fidelidad, Otro tanto cabe decir en casos de una hipotética situación de "violencia familiar consentida". Es que a raíz de Un proceso de "democratización" de la familia nuclear, los cónyuges quedan instalados en posiciones más simétricas; con mayores posibilidades de gratificaciones recíprocas. La tendencia ella la interacción de los proyectos de vida de cada esposo, junto a los comunes del matrimonio (40).

Encuentro sumamente; acertada: 1a idea de 'igualdad

matrimonial" sostenida por Rosenkrantz ya que calza adecuadamente con el respeto a la autonomía de cada cónyuge (41). Se ha sostenido queda igualdad es un valor matrimonial porque contribuye a dicha relación, pero más sutilmente cabe preguntar ¿qué tipo de igualdad contribuye más a la mejor relación matrimonial?, ¿la igualdad económica, la de bienestar o la igualdad de recursos?

Si ambos esposos tuvieran, a su disposición la misma cantidad de recursos económicos, si hubiera igualdad económica entre ellos, no podrían presentarse frente a terceros ni considerarse frente, a ellos mismos como dominante y dominados o superiores o inferiores, Pero si la relación matrimonial se define por la identificación; substituta con otro, la igualdad de recursos económicos no puede ser el mejor tipo de igualdad. Su contribución a la relación entre los esposos será marginal, ya que garantizará la inexistencia de dominación pero, a costo de impedir la identificación delegada con el otro. En cambio la igualdad de capacidad, de bienestar y de libertad real parecen mejores formas de igualdad pues parecen contribuir más a la relación que a los esposos (42). Esto implica que el valor del matrimonio radica en servir de "espacio" en el cual cada uno, de los cónyuges aprecie como "realizable" su respectivo plan de vida en el disfrute mutuo de dicha relación común y. el compromiso de permanecer en la misma. Y para poder apreciar la "realización" del respectivo plan de vida, es necesario el respeto de la autonomía de cada cónyuge; lo que se traduce, en un cierto nivel de igualdad básicamente de bienestar fundamentalmente afectivo. Es que el desasosiego afectivo resulta el síntoma más relevante de una crisis matrimonial, y si dicho desasosiego permanece en el tiempo la crisis, deviene inevitablemente terminal.

En cuanto al "egreso" de la, institución matrimonial, que en muchos casos importa culminar una relación para comenzar otra nueva, quisiera referirme a dos antecedentes judiciales en los que, a mi juicio, se destaca el valor de la autonomía personal, si bien entiendo que la valoración de ambos no necesariamente tenga que suscitar las mismas reflexiones Uno es el precedente de la Corte Suprema "Sejeam" (43), el que y mencioné en este trabajo. La cuestión decidida

en el es conocida, se declaro inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 2.393 que establecía la indisolubilidad del vínculo. Es decir que para "egresar" de la institución matrimonial, sólo se preveía la muerte de uno de los cónyuges o la nulidad del matrimonio. De tal manera se imponía el mantenimiento de un vínculo, aunque no de la convivencia, entre personas que ya no compartían un proyecto común de vida. Y la lógica consecuencia es que se privaba a las personas de la posibilidad de que se le reconozca plenitud de efectos jurídicos a un nuevo proyecto de vida encarado con otra persona. Como se puede apreciar estamos en el ámbito del concepto "fuerte" de plan de vida.

La Corte explicitó con mejores palabras cómo la legislación cuestionada afectaba el derecho a elegir un plan de vida y por ende la autonomía personal. Así se razonó que "El art. 64 de la ley 2393 afecta derechos constitucionales, ya que entre los derechos amparados por el art. 33 de la Constitución Nacional, se halla el derecho a la dignidad humana, que hace que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del art. 19 de la Carta Magna, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana.. En el matrimonio, como institución jurídica, se reconocen necesidades humanas esenciales, como la de satisfacer su sexualidad a través de una relación con características de permanencia, con miras, a la constitución de una familia, y, regularmente, a la procreación. Esta disposición a constituir una familia se halla ínsita en la naturaleza humana; las formas que esta institución ha adoptado son las más variadas, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones, ella constituye el modo primario de la vida social Gozan tanto el matrimonio como la .familia de un reconocimiento constitucional expreso (art 14 nuevo y 20, interpretado "a potiori" , de la Constitución Nacional)... No es irrazonable la pretensión del recurrente de que, admitido el fracaso matrimonial por la justicia, la satisfacción de sus necesidades humanas esenciales, que la Constitución reconoce y ampara, no se le nieguen ahora como no sea

al margen de las instituciones jurídicas del matrimonio y de la familia. Caso contrario, los vínculos afectivos que en futuro deseen anudar en tal sentido deberán soportar la marca de aquello que la ley no reconoce". De los argumentos citados se desprende que afecta el plan de vida -como concepto fuerte- que el Estado no otorgue pleno reconocimiento jurídico a la relación afectiva que las personas deseen mantener con vocación de permanencia luego del fracaso de una relación anterior a la que sí se le otorgó reconocimiento matrimonial.

Por su parte en el voto del Dr. Petracchi, en sentido convergente, se razonó que "El divorcio no es sino una institución civil correlativa del matrimonio civil. La reglamentación del matrimonio, según surge de la ley 2393, impone al divorciado citado un régimen de su comportamiento sexual y de su conducta moral que, de no ser aceptado, lo priva de los derechos matrimoniales que aún conserva. Se somete así a todos a la posibilidad de una calificación de su conducta, ulterior a la separación, en nombre de un vínculo ya extinguido en lo afectivo, en lo espiritual y en todas las dimensiones no jurídicas". A su vez el Dr. Bacqué argumentó que "El empecinamiento legal en la reglamentación desnaturalizante del derecho implicada en la indisolubilidad del vínculo por divorcio, terminó regulando en forma irracional las relaciones sexuales entre adultos que por haber estado casados se vieron obligados a optar entre la soledad y la castidad o el adulterio. Se puede pretender del matrimonio la vocación de permanencia, desde que se intenta promover decisiones maduras en la constitución formal de parejas estables. Pero no se puede sostener una teoría de la indisolubilidad del vínculo y reglamentar en tal sentido un derecho constitucional que impone al divorciado un régimen de su sexualidad y de su conducta moral que de no aceptar lo priva de sus derechos matrimoniales aún conservados, sometiéndolo a la posibilidad de que su conducta ulterior sea calificada en nombre de un vínculo ya extinguido en lo espiritual, en lo afectivo y en todos los planos no jurídicos".

De la argumentación precedente se evidencia el carácter perfeccionista de la vieja ley 2.393. Es que, de acuerdo a lo expuesto

en el punto anterior, el perfeccionismo impone un modelo "objetivo" de plan de vida o de intereses de las personas, con abstracción de los deseos e intereses subjetivos de las mismas. Imponer la indisolubilidad del vínculo matrimonial importa adoptar un modelo "objetivo" de matrimonio, y por ende de familia, según el cual se obliga a los cónyuges separados a mantener un patrón de conducta sexual y afectivo reñido con sus más sinceros deseos y expectativas respecto a cómo continuar su existencia, todo lo cual, en palabras de Mill, deviene "autofrustrante". Se podría argumentar que no se trata de conductas "autorreferentes" porque al ingresar a la institución matrimonial las conductas de los cónyuges se "publicitan" en el sentido de que pueden generar efectos en terceros. Sin embargo no se aprecia qué interés pueden tener las personas ajenas al matrimonio con relación a la decisión de los mismos de disolver un vínculo que afectivamente para ellos no existe. En todo caso no existe un legítimo interés de terceros, sino meras preferencias de éstos sobre los intereses de los cónyuges. Se podría agregar que si un cónyuge no quiere divorciarse se está afectando su interés. A ello entiendo suficiente responder que el matrimonio es una "cuestión de dos", y si uno no quiere continuar en él, el mantenimiento del vínculo resulta autofrustrante, y nuevamente no se estaría privilegiando un legítimo interés del cónyuge que no desea divorciarse, sino su preferencia respecto del interés del otro cónyuge.

El otro caso judicial que encuentro digno de analizarse es un reciente fallo del Tribunal Colegiado de Instancia única del Fuero de Familia N° 2 de La Plata, del 16/07/10 (44). El planteo de inconstitucionalidad se refirió a la normativa de los artículos 205, 215 y 236 del Código Civil. Las dos primeras normas imponen un plazo mínimo de matrimonio para que los cónyuges puedan peticionar por presentación conjunta, tanto la separación personal -en este caso son dos años- como el divorcio vincular -tres años-. Por su parte la última norma establece un procedimiento de dos audiencias, entre ellas de existir un plazo no menor a los dos meses ni mayor a los tres. A la primera audiencia deben concurrir personalmente y en ella juez procurará conciliarlas. Si fracasa en el intento, se fija la segunda

audiencia, a la cual los cónyuges pueden concurrir mediante apoderado con mandato especial y deberán manifestar si han arribado a una reconciliación. La discusión radica en la afectación de la autonomía personal de ambos cónyuges, personas capaces, mayores de edad o emancipados, quienes de común acuerdo consideran que su proyecto de vida en común ya no resulta viable, y que a pesar de ello deben esperar un tiempo desde que contrajeron matrimonio para efectuar esta petición, y luego de ello deben manifestar durante el proceso, en las dos oportunidades de las audiencias establecidas, que no desean reconciliarse.

Nino consideraba que este tipo de normas son de carácter paternalista, y por lo tanto válidas desde una perspectiva de defensa de la autonomía personal. Concretamente menciona entre las medidas paternalistas que podrían compaginar con el principio de autonomía en cuanto promuevan y no menoscaben la libertad de elección de formas de vida, aquellas que hacen más difíciles ciertos pasos y que obligan a que se medite más cuidadosamente acerca de ello, como el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio (45). Ahora bien, el fallo que merece nuestra atención desgrana interesantes conceptos en defensa de la autonomía personal por los cuales las normas cuestionadas revestirían un cariz más perfeccionista que paternalista. Así se argumentó que "De lo que se trata es de la autonomía de la voluntad en una parcela tan peculiar como es el derecho de familia, y personalísimo como es la decisión de divorciarse, máxime cuando ambos cónyuges peticionan con patrocinio letrado el divorcio vincular rectamente, juzgando injusta la imposición legal de un procedimiento de tiempo de espera y de un régimen de audiencia para obtener y reflejar legalmente lo que íntimamente han multado, reflexionado y consensuado, importaría contravenir el más elemental principio de la realidad por una mera ficción... ¿Debe la ley frenar temporalmente el divorcio y ubicar a los cónyuges en una categoría de pareja virtual, o es mejor propender que los esposos como derecho personalísimo e irrenunciable decidan el tiempo de su relación matrimonial sin imposiciones jurídicas artificiales con implicancias severas a nivel personal y social cuando el afecto desapareció entre dos seres?. Parece

un mandato para que la ficción supere la realidad a costa del penar de las personas, pero la intervención del Juez no puede ser participar de dicha ficción ni impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges cuando no existen otros intereses afectados, sino que su actividad debe estar encaminada a evitar la arbitrariedad y la desigualdad, afianzando en el caso concreto la justicia como realización en el caso particular de los derechos humanos y personales de las personas... Cabe recurrir a una segunda cuestión, es preguntarnos ¿a quién le hace daño que los cónyuges invoquen estar desavenidos; distanciadados desde hace uno o dos años o acrediten el mismo tiempo de casados pero que existen en la relación obstáculos insalvables para continuar la vida en común y en ambos ejemplos peticionen directamente el divorcio? y como consecuencia de ello: ¿altera el orden público que dos personas obtengan el divorcio vincular antes de los tres años de matrimonio por el procedimiento de la petición conjunta o sin dejar transcurrir el mismo espacio de tiempo cuando se invoca la causal de separación de hecho?... La mera afectación de algún interés particular que no implique la perturbación o conculcación de un derecho humano de un tercero no da lugar a ejercer la limitación al ejercicio de otro derecho humano... La limitación legal en cuestión resulta arbitraria y desajustada a la realidad, comportando un exceso que hasta permite la intervención de un juez en ámbitos de la vida privada de las personas, lo que tal como dicta la propia Constitución Nacional está exenta de ser juzgada y por tanto los plazos de reflexión impuestos por las normas de los arts. 205 y 215 del C. Civil devienen contrarios a los derechos humanos individuales, y por tanto, inconstitucionales por contrariar la manda del art. 19 de la Carta Magna. ..La doble audiencia y el tiempo de espera entre ambas, no parece atender la existencia de una pretensión de dos personas plenamente capaces y debidamente asesoradas en cuanto al alcance jurídico de sus decisiones. Ante la voluntad de los cónyuges de terminar con el vínculo matrimonial, no existe razón alguna o interés social o público que puede invocarse para rechazar la petición...".

El razonamiento que emana de los párrafos transcriptos básicamente trasluce esta idea. Toda vez que los cónyuges son

personas capaces y deducen su pretensión conjunta de manera libre y voluntaria, la ley no puede "autoprotgerlos" exigiéndoles un tiempo mínimo de reflexión, tanto al disponer un tiempo mínimo de matrimonio para promover la demanda luego un tiempo mínimo entre ambas audiencias. Como se expresó más arriba, las normas paternalistas tienden a imponer a las personas conductas o cursos de acción aptos para que se satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado (46). Ahora bien, lo argumentado en la sentencia citada radica en cuestionar que la exigencia de imponerles un plazo mínimo de reflexión a los cónyuges antes de iniciar el proceso de divorcio y durante el mismo, importe un curso de acción apto para satisfacer sus preferencias subjetivas y sus planes de vida. En realidad si en menos tiempo que los dos o tres años de matrimonio, los cónyuges consideran que su matrimonio ha fracasado, pareciera que la ley los trata como menores o incapaces al ordenarles que "lo piensen mejor" o que "esperen más tiempo", cuando en todo caso si se equivocan porque se apresuraron, se dañan ellos mismos, y en última instancia si llegan a la sentencia de divorcio pueden volver a casarse, por más que la situación aparezca como demasiado peculiar.

Es cierto que el Estado legítimamente puede imponer requisitos para ingresar o egresar de la institución matrimonial, la cuestión radica en la "razonabilidad" de tales requisitos, de acuerdo al estándar del artículo 28 de la Constitución Nacional. Si de lo que se trata es de la autonomía personal debe partirse de la idea de que las personas capaces están dotadas de la racionalidad suficiente para identificar sus intereses y elegir libremente la decisión "buena" o "moralmente correcta" para sí. Lo contrario importaría considerar que existen personas que no están en condiciones de autodeterminarse y de tomar decisiones en consecuencia, por lo que su voluntad debería ser "suplida" o "complementada" por la de quienes sí reúnen dichas condiciones, tal como ocurre con los menores o incapaces. La justificación de las normas paternalistas reside en "nivelar" la situación de ciertas personas que por motivos diversos -socioeconómicos, culturales, por su situación familiar- no se encuentran en un mismo nivel de igualdad respecto de otras, y por ende requieren de

"protección legislativa" a fin de garantizar su autonomía.

De acuerdo a lo expresado no parece, en principio, que los cónyuges, estén en una situación de desigualdad que permita suponer que alguno de ellos o ambos requieran que su voluntad sea "suplida" o "complementada" para que el ejercicio de su autonomía no se vea obstaculizada. En todo caso dicha situación de "desnivel" podría ser percibida por el juez en la primera audiencia, por tal razón es que encuentro aconsejable mantener dicha primera audiencia. Pero no tanto como para intentar "reconciliar" a los cónyuges. Es que si se constata una relación de desigualdad entre ellos, por una situación de "superioridad" psicológica o económica de uno de ellos y como contrapartida de "dependencia" por parte del otro, si quien está en una posición dominante quiere divorciarse, es suficiente para que se acceda al divorcio. Nuevamente cabe reiterar aquí que en un juego de dos, si uno no quiere jugar más, el juego termina. En realidad la importancia de la constatación de una eventual "desigualdad" radica en la posibilidad de "nivelar" al cónyuge "inferior" en materia de acuerdos sobre las cuestiones patrimoniales o extrapatrimoniales -v.gr. sobre los hijos-. Claro que el juez no podrá suplir la voluntad del cónyuge "inferior", pero la primera audiencia es útil a fin de aconsejar o sugerir una mayor reflexión, que las partes libremente aceptarán o no. Y si la cuestión concierne a los hijos es sabido que los jueces deben considerar el interés superior de los mismos por sobre la voluntad de los padres.

Lo reflexionado en el párrafo anterior, en todo caso, invalidaría la exigencia de la segunda audiencia, pero, ¿la exigencia del tiempo de matrimonio debe mantenerse?. Si, como acabo de considerar, si uno de los cónyuges quiere el divorcio no hay mucho -o nada- que discutir en cuanto al mantenimiento del vínculo, parecería que el requisito del tiempo de espera para iniciar la demanda, se presenta con un cariz más "perfeccionista" que "paternalista". No obstante ello, no debe olvidarse que en la institución matrimonial, si bien básicamente está comprometida la autonomía personal de los cónyuges, el vínculo matrimonial excede las conductas meramente

"autorreferentes", ya que, dejando de lado la circunstancia de que exista descendencia -para lo cual, resulta gracioso aclararlo, no se requiere de la institución matrimonial-, en el ámbito patrimonial, el estado matrimonial puede afectar las relaciones de los cónyuges con terceros, debido a la condición de los bienes adquiridos durante el matrimonio. En ese sentido podría argumentarse con bastante razonabilidad que el Estado esté justificadamente interesado en que las relaciones jurídicas generadas a partir del matrimonio gocen de cierta estabilidad o permanencia, por cuanto se ha generado un estatuto de derechos y obligaciones que el orden jurídico estatal reconoce. Es de recordar lo expresado por el Dr. Bacqué en "Sejean" en cuanto que es razonable exigir del matrimonio que tenga "vocación de permanencia". La cuestión pasa entonces por la "razonabilidad" del tiempo de matrimonio compatible con dicha "vocación de permanencia", pero no ya para que los cónyuges "lo piensen mejor", sino para que su conducta apresurada o irresponsable no perjudique de terceros, por lo cual ya no estamos frente a un caso de "paternalismo" y mucho menos de "perfeccionismo", sino el requisito temporal tiende a no afectar intereses legítimos ajenos. ¿Es razonable dos o tres años?. Parecería que tres años es demasiado, no fijar ningún plazo queda descartado. Peticionar el divorcio en forma conjunta al mes del matrimonio se nos aparece como "sospechoso" a los efectos patrimoniales. Quizás un año resulte razonable. En definitiva, la conclusión es que el requisito temporal debe servir a la protección de intereses de terceros y no esgrimirse con fines paternalistas, para ello está la primera audiencia. En función de dicha premisa se puede apreciar cuánto tiempo aparece razonable y cuánto excesivo.

VI. El matrimonio entre personas del mismo sexo y la autonomía personal.

En base a lo razonado hasta aquí es fácilmente entendible que la orientación sexual de una persona se encuentra protegida dentro del principio o derecho a la autonomía personal. Es claro que la preferencia, opción, gusto, o como quiera llamarse, que cada persona tiene para su vida sexual, siempre y cuando estemos hablando de un

marco de libre elección entre seres con la maduración psicofísica adecuada para efectuar ese tipo de opción, es algo que hace a su privacidad, ya que no afecta intereses legítimos de terceros. A lo sumo, como se expresó en los puntos anteriores, afectará las preferencias de los demás acerca del modo de vida del agente, mas entiendo que se ha justificado que ello no implica "intereses legítimos de terceros".

De acuerdo a ello es indisputable que el Estado no puede interferir en la conducta sexual libre de las personas con la madurez adecuada, por ejemplo, prohibiendo las mismas, tal sería el caso de que se las considerara como delitos o contravenciones, pasibles de sanción. Es que si la opción sexual que efectúe una persona integra el concepto "fuerte" de plan de vida, es más que obvio que no puede considerarse dicha elección como una conducta prohibida, estándar de protección estatal que ya es exigible para los actos que integran un concepto "débil" de plan de vida. Al respecto es de destacar que aún desde posturas que consideran que el Estado tiene algo que decir sobre la virtud de los ciudadanos adultos, se ha considerado que la legislación no debe inmiscuirse en todo tipo de conductas. Así se ha sostenido, siguiendo a Finnis, que la ley humana tiene por finalidad establecer la justicia y la paz en la comunidad a la cual está destinada. En consecuencia, solamente cuando se demuestra que una determinada conducta compromete aquellos valores directa o indirectamente, tiene la autoridad pública título para intervenir, en tanto ello no ocurra, la corrección moral de la vida de las personas queda reservada a ellas mismas, a sus familias, y en términos del artículo 19 de nuestra Carta Magna a Dios (47).

En dicho orden de ideas, se ha considerado que la mera preferencia homosexual de personas adultas y libres no puede ser prohibida ni castigada por la ley civil, porque son actos meramente internos que hacen a su vida privada que no pueden ser ordenados por la justicia al bien común político, y no trascienden de la interioridad de los sujetos (48). Ahora bien, esta perspectiva nos parece estrecha en cuanto a la protección de la orientación sexual como conducta que hace a la autonomía personal, ya que aparece como una conducta

permitida en la medida en que no "trascienda la interioridad de los sujetos". Este concepto parecería circunscribir la permisión de las conductas homosexuales al ámbito de la "intimidad del hogar" por utilizar una denominación cara a una visión reduccionista de la privacidad. En la medida en que trascendan dicha intimidad podría estar comprometida la "moral pública" y de esa manera ya no gozarían de la protección del artículo 19. Desde esta óptica la homosexualidad no resultaría prohibida porque no afecta el bien común, ya que no "trasciende" a las personas que la practican. Ahora bien, en realidad lo correcto sería considerar que no resulta invocable el concepto de bien común para decirle a las personas "cómo deben vivir su sexualidad", y circunscribir la homosexualidad al ámbito de la intimidad es decirle que pueden tener la orientación sexual que quieran siempre y cuando no hagan pública su condición, lo cual importa decirles "cómo deben vivir su sexualidad".

Desde una visión más "aperturista", incluso es factible abogar por la no discriminación de los homosexuales, mas en ese caso los actos homosexuales se presentan como patrones de conductas "tolerables" aún cuando dicha condición se haga pública, mas no como una legítima opción de plan de vida de las personas. De acuerdo a dicho razonamiento es factible sostener que constituye un estándar aceptado casi universalmente que es injusto que A pueda imponer una desventaja a B simplemente porque B tenga una inclinación sexual hacia una persona del mismo sexo, es decir, que es injusto que se discrimine a un sujeto por su orientación sexual. Mas, se continúa diciendo, que lo discutible es el alcance de esa "no discriminación"; esto es, si ello genera derecho a "acciones positivas" y si autoriza el acceso de los homosexuales a situaciones o relaciones jurídicas generalmente limitadas a personas o parejas heterosexuales, en particular la cuestión del derecho a contraer matrimonio (49).

En esta última posición merece ser ubicado el voto mayoritario de la Corte Suprema en el caso "Comunidad Homosexual Argentina" (50). En dicho voto se consideró que la decisión en recurso -en cuanto coincidía con los fundamentos de la Inspección General de

Justicia en el sentido de que la entidad recurrente no tenía por principal objeto el bien común- contenía argumentos de suficiente entidad que descartaban la tacha con que se la pretendía descalificar. Se hizo mérito de que la Cámara había considerado que los propósitos manifestados en el estatuto social de la recurrente incluían no solamente la protección de las personas homosexuales frente a discriminaciones arbitrarias, sino también a la pública defensa de la homosexualidad en sí misma considerada, con vistas a su aceptación social, destacándose que la misma es considerada -de acuerdo al informe de la Academia Nacional de Medicina- como una desviación del instinto sexual normal. A su vez en el voto mayoritario de la Corte se entendió que no se advertía que la resolución recurrida cercenase la garantía de la libre expresión, en la medida en que la entidad recurrente, en su carácter de simple asociación civil, tenía plena capacidad para ejercer su derecho a expresarse libremente como lo había venido ejercitando (51).

En homenaje a la honestidad intelectual, he de decir que en un temprano trabajo laudatorio de la sentencia de Cámara que denegara la personería jurídica a la CHA., me enrolé en esta posición (52). En dicha oportunidad argumenté que el accionar de la C.H.A. como asociación no podía ser avalado por el Estado mediante el reconocimiento oficial, pero tampoco debía ser prohibido ni reprimido, agregando que su actividad no tiende al bien común por lo cual no debía otorgársele la personería jurídica, mas como su objeto no importaba la apología de ningún delito penal, su "status" debía ser el de una asociación de hecho sin personería jurídica. Está claro que de lo que llevo dicho hasta aquí en el presente trabajo, más de lo que se añadirá más adelante, considero claramente insuficiente esta postura a los fines de la protección que merece la autonomía personal. Es que, nuevamente y sin perjuicio de los argumentos que se verterán más abajo, resulta claro que de la consideración de la homosexualidad como un plan de vida "débil" sólo se deriva que dicha condición no debe reprimirse o que quienes lo eligen no deben ser discriminados, es decir que impone meras "obligaciones negativas" a la autoridad. Mas ello no alcanza para que dicho plan de vida sea "legitimado" por el

Estado mediante "obligaciones positivas", tales como el reconocimiento de la personería jurídica. La condición sexual de una persona compromete sus sentimientos más profundos, la elección de otra persona con quien compartir la vida afectiva, no se trata de optar por usar el pelo largo o corto. Si en una sociedad, su orden jurídico se limita a considerar como un plan de vida "débil" aquellas opciones o proyectos de vida en las cuales las personas comprometen los sentimientos más profundos como el amor, se puede decir que esa sociedad "tolera" determinados tipos de sentimientos, y de esa manera obliga a quienes los abrigan a tener una conciencia vergonzante de los mismos. "Tolerar" la homosexualidad importa tratar a la orientación sexual de una persona como un "pasatiempo" -tal el ejemplo del deportista extremo que se brindó más arriba-, que el Estado no debe prohibir, mas tampoco debe efectuar nada para que dicho plan de vida pueda ser ejercido en la medida que los sentimientos involucrados lo requieren.

A los fines de evaluar si el estándar constitucional del derecho a casarse exige el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, debe recordarse, tal como se expuso en el punto precedente, que el derecho a contraer matrimonio, como todo derecho, admite reglamentación y en consecuencia puede ser limitado, la cuestión es indagar cuáles limitaciones deben considerarse razonables desde la perspectiva del artículo 28 de la Constitución Nacional. Dado el tema de este trabajo, indagaré si es factible considerar que el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo puede importar una restricción irrazonable en función de distintos aspectos relativos a la autonomía personal y al concepto fuerte de plan de vida. Es claro que el derecho a casarse implica el derecho a formar una familia. Y dentro del concepto fuerte de plan de vida, es obvio que cabe incluir el derecho a formar una familia. Medina efectúa una interesante distinción entre conceptos tradicionales y modernos de familia. Bajo el concepto tradicional ubica al brindado en el artículo 2953 del Código Civil: "La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, y además las personas que a la

fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos". Como concepto moderno identifica, entre otros, al brindado en un fallo del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza según el cual "La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno" (53). Ahora bien, de acuerdo al concepto moderno, la autora citada considera que como la familia no tiene base en el matrimonio sino en la unión convivencial, la protección solidaria o la función unitiva, argumenta que la imposibilidad de contraer matrimonio no priva a los homosexuales de su derecho a constituir una familia porque ésta existe independientemente del hecho de la celebración del matrimonio (54).

También entiende que dicha imposibilidad no infringe el derecho a no ser discriminado, por cuanto el matrimonio está pensado para personas de diverso sexo que puedan contribuir a la socialización de la prole y a la continuación de la especie humana, y tampoco se les impide la protección a la vejez, porque pueden contratar seguros privados, fondos de retiro, etc., en el marco de la autonomía de la voluntad, que es absolutamente respetada para quienes optan por vivir su sexualidad con personas de igual sexo (55).

Desde otro enfoque se ha dicho que de admitirse como único matrimonio el heterosexual se estaría aceptando un modelo singular y no plural de matrimonio, ya que no se respeta el matrimonio diferente y en definitiva no se otorga con toda su amplitud "el derecho a ser diferente". La negativa al matrimonio homosexual importa la no aceptación de un sistema plural, porque éste requiere proveer de

medidas positivas a la unión homosexual para que ésta se emplace en condiciones aptas para subsistir con su estilo y su idiosincrasia para lograr cumplir con su proyecto personal de vida autorreferente (56). Frente a esta postura defensista del matrimonio entre personas del mismo sexo, se ha sostenido que las conductas pueden estar prohibidas, toleradas o preferidas, y el casamiento es el clásico ejemplo de relación preferida. Quienes claman por el matrimonio homosexual no piden una tolerancia hacia la preferencia sexual sino que invocan una preferencia. El principio del pluralismo obliga a la tolerancia, pero no justifica, ni es suficiente, para permitir el matrimonio entre personas de igual sexo (57). En este mismo orden de ideas se entiende que puede hablarse de un grado de protección máximo, al que por imperativo constitucional es acreedora la unión matrimonial, mientras que con respecto a las uniones homosexuales cabe hablar de un grado de protección menor, que en todo caso deberá respetar los principios constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y de la igualdad (58).

De acuerdo a lo que se lleva reseñado y razonado hasta aquí, encuentro que si la legislación negara la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, se incurriría en una omisión "perfeccionista", y por ende, inconstitucional por infracción al artículo 19. Entiendo que la situación es análoga a la prohibición del matrimonio interracial. Se ha argumentado que no se puede aplicar analógicamente al casamiento homosexual la doctrina que considera inconstitucional el matrimonio interracial. Para fundamentar ello se sostiene que las leyes que prohíben los matrimonios interraciales separan razas; mientras que las leyes del matrimonio heterosexual integran los géneros. Las leyes que prohíben el casamiento interracial se fundamentan en la injusta doctrina de la supremacía blanca; mientras que las leyes que reglamentan el matrimonio heterosexual dan igual participación al hombre y a la mujer en la institución del matrimonio (59).

Discrepo con esta argumentación, ya que entiendo que el punto en común que tienen la prohibición del matrimonio interracial y

del homosexual, es el compartir una visión "perfeccionista" del matrimonio, y por ende de la vida de los seres humanos. Así como, hasta no hace mucho, en algunas sociedades se consideraba que el matrimonio entre personas de distinta raza importaba una unión contraria a ciertas "leyes de la naturaleza", básicamente ése es el criterio utilizado para denegar reconocimiento jurídico al matrimonio homosexual. En definitiva se considera que la relación heterosexual es "superior" a la homosexual, por diferentes motivos, como la capacidad de procreación. Sin embargo ello importa, de acuerdo a la caracterización de Nino sobre el perfeccionismo que se refiriera en el punto IV, una apreciación objetivista de los intereses de las personas, con independencia de los deseos o de la elección de forma de vida que las mismas hagan. Y es claro que la elección de la persona con la que se pretende compartir la convivencia con expectativa de permanencia hace al concepto "fuerte" de proyecto de vida. Para decirlo de manera llana y si se me permite algo vulgar, si el Estado no reconociera el matrimonio homosexual, el mensaje concreto que se enviaría a los homosexuales es el siguiente: usted tiene un deseo afectivo y sexual desviado, le permitimos que lo tenga e incluso que actúe públicamente en consecuencia, pero no nos pida que consideremos matrimonio a dicha convivencia porque es un modo de vida "inferior".

En el fondo se trata de un mensaje "docente", porque se indica que se incurre en incorrección. Ahora bien, es correcto que la legislación cumpla una función docente, la cuestión es qué enseñanza pretendemos de la ley. Mizrahi señala que es plausible que la ley cumpla una función docente y que es allí donde encuentra su límite el principio de autonomía, es el lugar donde el Estado dejará de ser neutral al no regir las premisas básicas del derecho matrimonial de la posmodernidad: la libre elección de los planes de vida y la veda a que los órganos de poder se conviertan en árbitros de formas de vida y de ideales de excelencia humana. Ese límite integraría el orden público matrimonial, que se constituye en una restricción al pluralismo y a la flexibilidad que caracteriza al actual derecho matrimonial. Y según el autor citado, el contenido del orden público matrimonial se puede clasificar en distintas esferas: a) la protección de los derechos e

intereses de terceros, b) la preservación de la dignidad humana y la libertad de la persona, y c) los márgenes del asentimiento colectivo (60).

En cuanto a los derechos e intereses de terceros, Mizrahi señala que el principio de autonomía tiene límites y uno de ellos se evidencia cuando el ejercicio de la libertad del individuo coloca a otros en una situación de menor autonomía relativa, por ejemplo si se desatienden los deberes alimentarios de los hijos (61). Al respecto entiendo que es claro que los derechos e intereses de terceros resultan un límite a la autonomía pero aquí encuentro conveniente realizar una aclaración con respecto al concepto de autonomía. Es obvio que a la luz del artículo 19 de la Constitución Nacional, no se puede esgrimir el principio de la autonomía personal para dañar a terceros. Es que si mi "plan de vida" es utilizar a otras personas como "esclavos", mi "plan de vida" no resulta amparado por el principio de autonomía. Surge del mismo texto del artículo 19 que el Estado no puede permanecer neutral frente a la afectación de los intereses de terceros, ya que no resulta apropiado hablar de autonomía cuando nuestras conductas exceden el marco de la "autorreferencia".

En lo que se refiere a la defensa de la dignidad humana y la libertad de la persona, precisa Mizrahi que, si bien al individuo, en la elección de sus planes de vida, le asiste el derecho a renunciar a determinadas ventajas a cambio de otras, la sociedad, con razón, ha organizado un sistema de prohibiciones, tratándose de situaciones extremas en que la veda tiene como objetivo evitar que en la persecución de sus planes de vida los hombres usen como meros medios a sus semejantes. Enumera como ejemplos, en el derecho de familia, las prohibiciones para establecer acuerdos renunciando a los alimentos futuros, para no contraer matrimonio, para celebrarlo con determinada persona, o para no divorciarse (62). Entiendo que los ejemplos que se brindan dan por supuesta una situación de necesidad de una persona que es objeto de abuso o explotación por parte de otra. En tales casos, si se coloca el foco en la "autonomía" del "aprovechador" resulta evidente que hay afectación de intereses de terceros, por lo cual el límite estaría dado por éstos y se presentaría la

situación del supuesto anterior. Pero si de lo que se trata es de la "autonomía" del "aprovechado", por un lado resulta claro que no hay verdadera autonomía, ya que si se está en una situación extrema, no se está en condiciones de decidir libre y voluntariamente. Pero amén de dicho argumento, ese "límite" a la autonomía estaría dado por una intervención estatal "paternalista". Y en ese caso no habría contradicción, o si se quiere límite a la autonomía, ya que, como se dijo siguiendo a Nino en el punto IV, el paternalismo no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que las personas no han elegido, sino en imponer conductas que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente. De allí que no aprecio que estemos, en este supuesto, ante un "real límite" a la autonomía, sino ante una medida "coadyuvante" o "facilitadora" de la autonomía.

Por último, Mizrahi indica como otro límite a la autonomía, a la cultura y los márgenes de asentimiento colectivo. Arguye que son situaciones dinámicas que marchan al compás de los tiempos y que van determinando en cada supuesto si la conducta analizada se debe considerar inscripta en el marco del principio de la autonomía personal -y en tal caso vedada a la intervención estatal, por aplicación de la regla de la neutralidad- o si se debe estimar que tales acciones exceden el principio de autonomía. Señala que los márgenes del asentimiento colectivo no dependerán del derecho sino de las valoraciones coyunturales de la sociedad en una época dada, o sea de la cultura imperante, de allí que tienen una conformación variable. Justamente el autor brinda el ejemplo del matrimonio homosexual, en tanto su prohibición resultaría legítima en la medida en que la valoración social sea contraria a este tipo de uniones (63).

Al respecto habré de decir que desde una posición que descrea de conceptos "esencialistas" u "ontológicos", y que considera que los valores son cambiantes según la evolución de la sociedad, lo que Mizrahi señala como márgenes de asentimiento colectivo puede ser considerado como un límite a la autonomía personal. En ese sentido encuentro totalmente razonable que en la vieja Ley de Matrimonio

Civil 2393 no se hubiera contemplado el matrimonio homosexual. Sin embargo entiendo que a su vez dicho límite debe tener, valga a redundancia, un límite. Y aquí traigo a colación el debate entre Lord Devlin y Fiad sobre la penalización de las prácticas homosexuales. Hart apuntó al hecho de que la controversia mantenida versaba sobre la justificación moral de la exigencia de que el derecho debe reflejar pautas morales. Aclara que el punto de vista desde el cual se desarrolla la polémica es el de una moralidad crítica, es decir de los principios morales que uno sostiene como válidos independientemente de que sean aceptados socialmente o no. En consecuencia lo que plantea como tema controvertido es si nuestra moral crítica apoya o no la exigencia de que el derecho debe reconocer la moralidad positiva, cualquiera que sea su contenido (64).

Desde esta óptica entiendo que no es un argumento suficiente señalar al asentimiento colectivo como un límite a la autonomía personal, más allá de que no creo que Mizrahi se desentienda de todo razonamiento desde una moralidad crítica al proponer tal restricción. Lo cierto es que debe relativizarse el valor del asentimiento colectivo como restricción a la autonomía, ya que justamente por hallarnos ante conductas autorreferentes, se corre el riesgo de caer en normas perfeccionistas, por las cuales la mayoría pueda imponer un punto de vista sobre cuál debe ser el plan de vida de los integrantes de las minorías. De más está decir, porque entiendo que ya he argumentado suficientemente al respecto, que justamente el valor de la autonomía radica en que, como principio, resulta un límite a las decisiones mayoritarias o al pretendido bien común. Esta idea ha sido claramente expuesta en el voto del Dr. Petracchi en el fallo de la "C.H.A." (65). Con cita de Dworkin, se expuso en el mencionado voto que "...recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo., una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el gobierno debe actuar de in manera tal que sólo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea coherente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original ", y en otro párrafo se agregó "...Por lo demás, aun cuando el juicio del a quo reflejare un pensamiento mayoritario que fuese "verdadero" y

"erróneo" el de los peticionarios, ambos grupos tienen derecho a la garantía de sus libertades constitucionales. Sólo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresara la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control".

A lo razonado hasta aquí cabe añadir que si la ley debe cumplir un rol docente, y en esto coincidimos, volvemos a la pregunta acerca de ¿qué enseñanza pretendemos de la ley? Al respecto resulta atinente tener presente; y nuevamente aquí sigo a Nino, que la educación es esencial para la posibilidad de elegir libremente planes de vida e ideales del bien, y por otro lado, una determinada educación es necesaria para materializar el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido. Pero si bien la educación es uno de los recursos primarios que deben distribuirse igualitariamente en una sociedad comprometida con el valor de la autonomía equánimemente distribuida, él no es un bien neutral, ya que depende de cuál sea el contenido y el método de esa educación (66). Con cita de Gutman enumera algunos principios para guiar la acción educativa del Estado democrático: a) el de que la educación en la sociedad democrática debe proveer la capacidad para participar efectivamente en el proceso democrático; b) que ningún niño educable debe ser excluido de una educación adecuada para participar en el proceso político que estructura la elección entre vidas buenas, y c) que ni el Estado ni grupo alguno puede usar la educación para restringir la deliberación racional sobre concepciones competitivas de la buena vida y de la buena sociedad (67). Si se está de acuerdo en la existencia de un derecho a una educación liberal en el sentido que lo que debe fomentarse es la deliberación racional sobre concepciones competitivas de la buena vida, y si se reconoce que la ley tiene una función docente, es claro que una legislación que no reconozca el matrimonio homosexual no estaría fomentando dicha deliberación racional, sino que estaría presentando a la sociedad un solo modelo de plan de vida matrimonial -el heterosexual- y por ende excluyendo otro -el homosexual- por el cual, libremente algunas personas prefieren optar.

Como conclusión de cuanto se lleva dicho en este punto, considero que un estándar constitucional adecuado del principio de la autonomía, que incluya una dimensión amplia de las conductas autorreferentes, así como una concepción "fuerte" de plan de vida" - en tanto no sólo exige omisiones sino también prestaciones del Estado-, requiere que la legislación contemple el matrimonio homosexual. Y en ese sentido la sanción de la ley 26.618 satisface dicho estándar. Lo contrario importaría considerar que el matrimonio homosexual afecta legítimos intereses de aquellos que consideran a dicho plan de vida como erróneo, cuando en realidad sólo afecta las preferencias de los mismos respecto del plan de vida de otras personas que han optado libremente por él.

VII. Matrimonio entre personas del mismo sexo, incesto y poligamia.

Se ha criticado la justificación del matrimonio entre personas del mismo sexo que se efectúa desde la autonomía personal, con el argumento de que con dicho fundamento correspondería admitir también el matrimonio incestuoso y el poligámico -o poliándrico-. Así se señaló que "... es función de la ley establecer límites y diferencias, que no implican 'discriminación' (en sentido peyorativo) cuando tienen razón lógica. La ley no discrimina a los inquilinos llamándolos así y otorgándoles derechos diversos de los que atañen a los propietarios, por más que aquellos sientan la vocación subjetiva de hacerse dueño de las casas que alquilan. En el ámbito mismo del matrimonio, no es discriminación sino una pauta de orden social impedir el incesto o la poligamia " (68).

El argumento en el caso del incesto sería más o menos así. Si dos personas adultas libremente, en ejercicio de su autonomía, desean convivir con expectativa de permanencia y exigen que el Estado reconozca como matrimonio dicha unión, sin importar que sean del mismo sexo; ¿por qué no aceptar lo mismo aunque esas dos personas mantengan el vínculo familiar impediendo de progenitor e hijo o de hermanos, de acuerdo a lo normado por los incisos 1 y 2 del artículo

166 del Código Civil?, en cuyo caso dicha norma debería ser declarada inconstitucional. Considero que en el caso del incesto la prohibición resulta justificada por razones de "paternalismo válido" si se enfoca la cuestión sobre el hijo/hija. Por ejemplo si pensamos en la relación "padre/madre-hijo/hija", se ha sostenido que no nos hallamos con dos extremos simétricos y equiparables, sino ante un vínculo asimétrico y desigual (69). Lo que se quiere significar es que esas personas, desarrollan un vínculo de por sí desigual, por el tipo de afecto, cuidado y protección que corresponde esperar por parte de los padres a fin de que sus hijos puedan desenvolverse autónomamente cuando adquieran la edad adulta. De allí que es perfectamente factible presumir que el hijo/hija no se encuentra en pleno ejercicio de su autonomía al decidir entablar una relación de ese tipo. Una relación de dicha índole, lejos de permitirle efectuar una opción libre de plan de vida, resulta un obstáculo debido que dicho vínculo se inició de otra manera, en el cual ambos términos de la relación formaban y forman parte de una estructura familiar ocupando un rol determinado (padre/madre-hijo/hija), el que resulta incompatible con el que se pretende con el cambio de vínculo. Si se enfoca la cuestión desde el padre/madre, debido a la relación de "desigualdad/superioridad" que por lo general ejercen los padres, directamente la prohibición de matrimonio tiene por objeto no causar un perjuicio a otro -al hijo/hija-, por lo cual ni siquiera es necesario esgrimir el argumento del "paternalismo válido", sino que directamente estaríamos fuera de la hipótesis del artículo 19 porque se causaría un daño a otro en la medida en que se afectaría su autonomía.

A esto se podría objetar que ese desequilibrio o desigualdad en la relación no está presente en el caso del vínculo hermano/hermana. Es muy posible que el vínculo en ese caso sea de carácter más igualitario, sin embargo, entiendo que la cuestión siempre radica en que el mantenimiento de la posición inicial que dichas personas ocupan en la estructura familiar -la relación de fraternidad-, lejos de importar una restricción a la autonomía, les permite desarrollar afectos y crear nuevos vínculos -con personas ajenas al grupo familiar nuclear- que incrementarán su capacidad de libre elección de plan de vida, en

síntesis, su autonomía. Por lo tanto se justifica la restricción nuevamente por razones de "paternalismo válido". En este punto del razonamiento me interrogo, si admitimos por razones de "paternalismo válido", prohibiciones y restricciones a la libertad contractual en el derecho laboral y en el derecho del consumidor, ¿cómo no vamos a justificar la prohibición del matrimonio incestuoso, si resulta evidente que la superposición y confusión de los roles en la estructura familiar que el mismo acarrearía, por lo general restringirán la libre elección de planes de vida de los involucrados al potenciar relaciones de carácter en origen o que obstaculizan la posibilidad de encarar y establecer nuevos vínculos?. De allí también que resulte razonable que la prohibición se mantenga dentro de los vínculos más cercanos o dentro de la línea recta, sin que se extienda a los vínculos colaterales más lejanos que la relación entre hermanos, tal como surge de lo dispuesto por el artículo 166 del Código Civil. Es que el vínculo entre primos no involucra una dinámica relacional tan cercana que su "conversión" en un vínculo marital pueda afectar el ejercicio de la autonomía de las personas emparentadas.

Con relación a la poligamia/poliandria, Mizrahi considera que la restricción resulta justificada, no por motivos de "paternalismo válido", sino por razones culturales y de los márgenes de asentimiento colectivo (70), por lo que la justificación se reduce a determinados ámbitos socioculturales. De hecho hay sociedades, como algunas de Medio Oriente, donde es aceptada la poligamia. La cuestión planteada es compleja, y más aún si entendemos que el derecho es un producto cultural y alejamos su caracterización de posiciones ontológicas. Ahora bien, desde un punto de vista liberal de defensa de la autonomía, ésta resultaría ser el límite a la "relatividad axiológica" que importa esta visión "culturalista". Es cierto que, con cierta razón, se podrá argumentar que el propio concepto de "autonomía" es cultural, y en consecuencia, variable a lo largo del tiempo y del espacio. De hecho admitimos que al tiempo de sancionarse la ley 2.393 no podría haberse tildado a la misma de inconstitucional por no contemplar el matrimonio entre personas del mismo sexo. En ese orden de ideas puede entenderse que la prohibición del matrimonio

poligámico/poliándrico resulta más sujeto a variaciones culturales que la prohibición del matrimonio incestuoso. Con todo, y volviendo nuevamente a Hart a los fines de posicionarnos en un análisis desde la moralidad crítica, entiendo que un vínculo en el cual uno de los términos tiene la posibilidad de casarse con varias personas y el otro término no, aunque acepte dicha situación de manera libre y voluntaria, revela una situación de desigualdad, en la cual los "muchos" con los que puede casarse el "polígamo" ven reducida notablemente su autonomía. En consecuencia, entiendo que las mismas razones de "paternalismo válido" justifican la prohibición de este tipo de matrimonios.

A modo de corolario, y más allá de las relatividades culturales que puedan esgrimirse en este tipo de argumentaciones, entiendo que lo que queda claro, es que, desde la defensa del principio de la autonomía personal, el matrimonio entre personas del mismo sexo no resulta equiparable al matrimonio incestuoso o poligámico/poliándrico. La diferencia radica en que la elección de una relación homosexual es fruto del ejercicio de la autonomía de la persona, en la medida en que implica la libre opción por un determinado plan de vida sin afectar intereses legítimos de terceros. En cambio, en el supuesto del matrimonio incestuoso se parte de una relación familiar previa que, o bien implica desigualdad y/o dependencia unilateral, o se trata de un vínculo más igualitario que por su intensidad y características resulta justificable su mantenimiento. En ambos casos, la "conversión" de ambos vínculos en "maritales" afecta la autonomía de las personas involucradas. Por su lado, en la hipótesis del matrimonio poligámico/poliándrico, también se presenta una situación de desigualdad, y si bien podrían esgrimirse razones culturales para justificarlo, debe considerarse que las mismas conspiran contra el desarrollo de la autonomía de la persona, ya que no hacen más que perpetuar la injusta posición de desequilibrio apuntado.

VIII. Conclusiones

Como resumen de este trabajo podemos enunciar las siguientes conclusiones:

1) La autonomía personal y la libertad psicológica, importan principios fundantes del sistema democrático, en cuanto sin su reconocimiento no es factible el desarrollo del libre debate moral y la deliberación racional a los fines de tomar las decisiones que hacen a la comunidad con el debido respeto e igual consideración que merecen sus integrantes.

2) El estándar constitucional de la autonomía personal involucra a las "conductas autorreferentes", comprendiendo bajo este concepto aquellas conductas valoradas por el agente como relevantes a su plan de vida libremente elegido y que no importen un riesgo apreciable de generar perjuicios a intereses legítimos de terceros, no incluyendo en estos últimos a las preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar.

3) Es factible distinguir entre dos conceptos de "plan de vida". Un concepto "débil" comprende las conductas que sólo reflejan una determinada preferencia y no afectan las preferencias de otros respecto de sí mismos. Un concepto "fuerte" incluye las conductas y decisiones que reflejan nuestras preferencias, que además de que no afectan las preferencias de los demás respecto de sí mismos, imprimen un marcado sesgo o identidad a nuestra existencia.

4) La reglamentación de la autonomía personal sólo se justifica en la medida en que redunde en beneficio de la misma. Así violan el estándar constitucional las interferencias estatales de tipo "perfeccionista", que suponen un criterio objetivista de la apreciación de intereses en cuanto lo que satisface los mismos resulta independiente de los deseos o de la elección de forma de vida del agente. Por el contrario, se justifican las interferencias estatales desde un "paternalismo no perfeccionista", en tanto están dirigidas a proteger a los individuos contra actos u omisiones de ellos mismos que afectan sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los

hacen posibles. El concepto "fuerte" de plan de vida exige que para la protección de las conductas y decisiones que comprende, no sólo son suficientes la abstención y la omisión de interferencia del Estado, sino también que el mismo efectúe determinadas prestaciones positivas, dentro de las cuales cabe considerar al reconocimiento de efectos jurídicos especiales a dichas conductas y decisiones.

5) Con relación a la institución matrimonial, el Estado puede razonablemente reglamentar su "ingreso", su "estructura" y su "egreso". Dicha razonabilidad está íntimamente ligada al respeto a la autonomía personal y a que no se perjudique a terceros. De allí que resulte razonable la exigencia de una vocación o expectativa de permanencia en el vínculo, por lo que es dable imponer un plazo razonable para el cese del mismo por mutuo acuerdo de los cónyuges. Por los mismos motivos resulta justificable la exigencia de los deberes de fidelidad y asistencia recíproca, ya que los mismos favorecen el respeto mutuo de la autonomía de cada cónyuge. Asimismo la indisolubilidad del vínculo involucra una interferencia "perfeccionista" que impide a los cónyuges "liberarse" de un vínculo que ya no integra suplan de vida, y "emprender" uno nuevo que resulta relevante para ese plan libremente elegido.

6) El estándar constitucional adecuado del principio de la autonomía personal, que incluye una dimensión amplia de las conductas autorreferentes, así como una concepción "fuerte" de plan de vida -en tanto no sólo exige omisiones sino también prestaciones del Estado- requiere que la legislación contemple el matrimonio homosexual. En ese orden de ideas, la ley 26.618 satisface dicho estándar, ya que lo contrario importaría considerar que el matrimonio homosexual afecta legítimos intereses de aquellas personas que lo consideran un plan de vida erróneo, cuando en realidad sólo afecta las preferencias de las mismas respecto del plan de vida de otros.

7) Desde la defensa del principio de la autonomía personal, el matrimonio entre personas del mismo sexo no resulta equiparable al matrimonio incestuoso o poligámico/poliándrico. La

diferencia radica en que la elección de una relación homosexual como "plan de vida" se presume fruto del libre ejercicio de la autonomía. En cambio, en el supuesto del matrimonio incestuoso se parte de una relación familiar previa que implica desigualdad y/o dependencia unilateral, o en el caso de tratarse de un vínculo más igualitario, por su intensidad y caracteres resulta justificable su mantenimiento. En tales supuestos la "conversión" de dichos vínculos en "maritales" afecta la autonomía de las personas involucradas. Finalmente en la hipótesis del matrimonio poligámico/poliándrico, también se presenta una situación de desigualdad, y aun cuando es más dependiente de razones culturales, cabe considerar que las mismas presentan implicancias negativas para el desarrollo de la autonomía personal

Bibliografía

- (1) Ver en Nino, Carlos S.: "Ética y derechos humanos", Ed. Astrea, 1989, pág. 202.
- (2) Ver en Nino, op. cit., págs. 204/205.
- (3) Ver cita de Mill, John S.: "Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham", p. 136/137, en Nino, Carlos S.: "Fundamentos de derecho constitucional", Ed. Astrea, 2000, pág. 305.
- (4) Ver en Nino, Carlos S.: "La constitución de la democracia deliberativa", Ed. Gedisa, 1997, pág 76.
- (5) Ver en De Cunto, Aldo Luis: "El poder constituyente originario. Consideraciones sobre su naturaleza y ejercicio", LL, 1997-8, págs. 1376/ 1393.
- (6) Ver en Quintas, Avelino Manuel "Análisi del bene comune", 2ed., Ed. Bulzoni, Roma, 1988, págs. 76/79.
- (7) Ver en Quintas, op. cit., págs. 82/85.
- (8) Ver en Quintas, op. cit., pág. 85.
- (9) Ver en Millán Fuelles, Antonio: "Fundamentos de Filosofía", Ed. Rialp S.A.,
- (10) pág. 385.
- (11) Ver en Quintas, op. cit., págs. 84/85.
- (12) Ver en Quintas op. cit., págs. 86/87.
- (13) Ver en Bouzat, Gabriel: "El derecho como un sistema de

razones para la coacción", en Alegre-Gargarella-Rosenkrantz: "Homenaje a Carlos S. Nino", Ed. La Ley, 2008, págs. 143/145.

(14) Ver en Nino: "Fundamentos de derecho constitucional", pág. 304.

(15) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", pág. 441.

(16) Ver en Nino: "Fundamentos de derecho constitucional", pág. 306.

(17) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", pág. 439.

(18) Ver en Fernández Sessarego, Carlos: "¿Es posible proteger jurídicamente "el proyecto de vida"?", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Año XII, N°3, marzo 2010, pág. 7.

(19) Ver en Fernández Sessarego, op. cit., pág. 8.

(20) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", pág. 439.

(21) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", pág. 437.

(22) CSIN, Fallos: 308:1392.

(23) Ver cita en Basterra, Marcela I., en Sabsay-Manili: "Constitución de la Nación Argentina...", Ed. Hammurabi, 2009, T. I, pág. 893.

(24) CSJN, Fallos: 312:496.

(25) Ver en Basterra, op. cit., ídem.

(26) CSJN, Fallos: 308:2268.

(27) CSJN, Fallos: 316:479.

(28) Ver en Fayt, Carlos S.: "La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos trascendentes", Ed. La Ley, 2004, pág. 258.

(29) Ver en Fayt, op. cit., págs. 264/265.

(30) Ver en Basterrci, op. cit., pág. 887.

(31) Ver en Bidart Campos, Germán J: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1994, T. I, págs. 335/336.

(32) Ver en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abregú, Martín y Courtis, Christian: "La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales" Ed. Del Puerto, Bs. As., 1997, págs. 284/286.

- (33) Ver cita de "On libero", en Nino, Carlos Si: "Los límites de la responsabilidad penal", Ed. Astrea, 1980, pág. 273.
- (34) Ver en Nino: "Los límites de la responsabilidad penal", págs. 273/274.
- (35) Ver en Nino: "Los límites de la responsabilidad penal", págs. 274/275.
- (36) Ver en Nino: "Los límites de la responsabilidad penal", págs. 276/277.
- (37) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", págs. 205 y 413.
- (38) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", pág. 214.
- (39) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", pág. 414.
- (40) 39 ver en Mizrahi, Mauricio Luis: "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, 2006, pág. 261.
- (41) 2006, pág. 261.
- (42) Ver en Mizrahi, op. cit, pág. 262.
- (43) Ver en Rosenkrantz, Carlos: "En defensa de la igualdad", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2000, SELA 1999, págs. 67/79.
- (44) Ver en Rosenkrantz, op. cit, págs. 71/72. " CSIN, Fallos: 308:2268.
- (45) Ver cita en elDialcom — AA6264.
- (46) Ver en Nino: "Ética y derechos humanos", págs. 415/416" ver en Nino: "Ética y derechos humanos", pág. 414.
- (47) Ver en Legarre, Santiago: "Ensayo de relimitación de las acciones privadas de los hombres", LL-I 999-B, págs. 1268/1269.
- (48) Ver Medina, Graciela: "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio", Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, pág. 63.
- (49) Ver Medina, op. cit., pág. 67.
- (50) CSIN, Fallos: 314:1531.
- (51) Ver en Fayt, op. cit., pág. 263.
- (52) Ver en De Cunto, Aido Luis: "Derechos humanos y bien común: Un tema de filosofía política en el fondo de un fallo judicial", ED, 144-974/982.
- (53) Ver en Medina, op. cit., págs. 209/210.
- (54) Ver en Medina, op. cit., pág. 213.
- (55) Ver en Medina, op. cit., pág. 218.

- (56) Ver en Medina, op. cit., pág. 241.
- (57) Ver cita de Wardle, en Medina, op. cit., pág. 260.
- (58) Ver en Medina, op. cit., págs. 261/262.
- (59) Ver cita de Duncan, Richard, en Medina, op. cit., págs. 251/252.
- (60) Ver en Mizrahi, op. cit., págs. 287/288.
- (61) Ver en Mizrahi, op. cit., pág.289.
- (62) Ver aut. cit., op. cit., pág. 290.
- (63) Ver en Mizrahi, op. cit., págs. 294/295.
- (64) Ver en Nino: "Los límites de la responsabilidad penal", pág. 278.
- (65) CSIN, Fallos: 314:1531.
- (66) Ver en Nino: "Fundamentos de derecho constitucional", pág. 293.
- (67) Ver en Nino: "Fundamentos de derecho constitucional", pág. 295.
- (68) Ver revista "Criterio", N°2356, Enero-Febrero 2010, pág. 7.
- (69) Ver en Mizrahi, op. cit., pág. 233.
- (70) Ver en Mizrahi, op. cit., pág. 295.

El nuevo Código Civil y Comercial y los principios constitucionales: su recepción.

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: Revista *Ámbito Registral*, Año XX, N° 84 (abril 2016), p. 33-50.

[Consultado el 15/01/2021]

Sumario:

1) El nuevo Código y los principios y normas constitucionales como fuentes y criterios de interpretación del mismo. - 2) El régimen jurídico del automotor y los principios constitucionales en el nuevo Código Civil y Comercial.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino aprobado mediante la Ley 26.994, sancionada el 1° de octubre de 2014, ha receptado el proceso de constitucionalización del derecho privado, lo que se plasma básicamente en el Título Preliminar. Es así que dedicaré una primera parte de esta exposición a analizar dicha recepción.

1) El nuevo Código y los principios y normas constitucionales como fuentes y criterios de interpretación del mismo

Una primera y general lectura del nuevo Código nos conduce a reconocer precozmente que los redactores del proyecto admiten la deuda de la deferencia expresa en la codificación del derecho privado hacia el derecho constitucional.

Así en la presentación ante la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Ricardo Lorenzetti destacó que el régimen del Código es

muy distinto al de cualquier ley porque hay que pensarlo con una expectativa de cien años, normalmente pretende tener una vocación prolongada en el tiempo.

Dicha perspectiva, al decir de García Lema, ofrece un notorio paralelismo con la vigencia de la Constitución. En este sentido, para Alberdi las leyes civiles no eran sino leyes orgánicas de la Constitución, por lo que el Código Civil debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizan los derechos civiles concedidos a todos los habitantes por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20; una "constitución civil", dado que abraza a toda la sociedad y fija los destinos de los habitantes en lo que tienen de más caro: la familia, la propiedad, la vida privada y sus libertades (1). Este reconocimiento del Código Civil como una ley reglamentaria de los derechos constitucionales importa, desde ya, una subordinación de aquél respecto de ésta y su interpretación de acuerdo a los principios y reglas constitucionales, básicamente los de la parte dogmática, ya que su función reglamentaria se refiere a los derechos contenidos en ella.

Con todo, esta idea de que el Código Civil resulta ser una "constitución civil" ya se había esbozado para el Código Napoleón, al que se consideraba "la constitución civil de los franceses", lo que importaba que todo el derecho civil estaba contenido en el Código. Pero justamente este concepto fue esbozado a fin de argumentar una idea contraria a lo anteriormente expuesta, esto es, para defender la "autonomía" del Código respecto del derecho constitucional.

En nuestro país, esto tuvo su reflejo en el ámbito educativo y académico, dado que más que enseñar derecho civil se consideraba que había que enseñar el Código Civil, las primeras obras de derecho civil fueron "códigos civiles anotados", y las sentencias se fundaban necesariamente en el Código Civil, virtualmente no existían sentencias de los tribunales civiles nacionales o provinciales dictadas desde la sanción del Código que citen otra fuente, ni aun la Constitución Nacional. Y en ratificación de lo expuesto, Bohmer (2) señala que en la nota de elevación de reformas de 1968, su autor, Guillermo Borda,

decía que a riesgo de ser considerado herético estaba 'tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional" porque "ella está más alejada de la vida cotidiana del hombre" que éste, el cual, en cambio, "lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad" (3). Esta consideración no hizo más que confirmar la superada idea de la Constitución como una mera declaración de principios, carente de normas operativas, lo que se avenía perfectamente a la situación planteada por la reforma del Código de 1968, dado que fue llevada a cabo por un gobierno de facto.

Lo superación del divorcio entre el derecho constitucional y el privado, ya había comenzado o manifestarse en la jurisprudencia. Lo concreto al respecto es que la Corte validó limitaciones significativas a la libertad de contratar establecida en el Código Civil, y lo hizo con fundamento exclusivo en su interpretación de cláusulas constitucionales, para lo cual invocó precedentes del derecho norteamericano y no de los ancestros franceses o romanos de nuestro derecho privado -pensemos en Ercolano, Horta, Avico, Cine Callao- ; y en particular, a partir de 1983, con el reconocimiento de la Constitución como fuente de derecho privado y de la inserción de Argentina en el mapa del derecho supranacional de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Suprema asumió un liderazgo absoluto -pensemos en Sejean (4).

Con el expreso propósito de abandonar este divorcio entre el orden constitucional y el derecho privado, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial asumió el pensamiento de la Constitución y de la codificación del derecho privado centrado en el largo plazo, expresando que el anteproyecto toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad, así como establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

Dicha asunción implicó, asimismo, el reconocimiento de la

separación histórica entre estas dos ramas del derecho, a pesar de que esta visión separatista estuvo alejada del pensamiento originario que inspirara a la Constitución de 1853/60. Es que, como se dijera en el párrafo precedente, Alberdi siempre sostuvo la primacía y convergencia de fines y normas de la Constitución con los de los Códigos Civil y Comercial, en tanto vinculaba la lucha contra el desierto, la inmigración, los ferrocarriles, las libertades de culto, de comercio, de navegación interior, la supresión de las aduanas interiores; con la concesión de derechos civiles al extranjero de modo similar al nacional; considerando a la legislación civil y comercial uniforme para todo el país como medios, llamando a estos medios garantías públicas de progreso y engrandecimiento (5).

El proyecto de Código Civil y Comercial se propuso que las finalidades principales de la reforma constitucional de 1994 se concreten en normas reglamentarias para su aplicación en materia civil y comercial, siguiendo el antecedente de la Constitución de 1853/60.

Sus autores explicitan la intención de lograr un "Código de los derechos individuales y colectivos" porque sostienen que en "su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales". Esta correlación entre las normas constitucionales y las civiles y comerciales se expresa en los tres primeros artículos del nuevo Código.

El artículo 1, versa sobre las fuentes y aplicación del Código, estableciendo: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme o la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Por su parte, el artículo 2 que trata de la interpretación dispone: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus

palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Finalmente, el artículo 3 reza: "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

García Lema advierte como relevante que mientras en el Código de Vélez el Título I de los Títulos Preliminares se denomina "De las leyes", el Capítulo 1 del Título Preliminar del nuevo Código se titula "Derecho", distinguiendo este concepto del de "Leyes" que sirve de denominación al Capítulo 2 del mismo Título Preliminar. Destaca que el concepto de "Derecho" es más amplio que el de "Ley", y que se halla conectado con la moral, tratándose de una distinción que tiene que ver con el papel más relevante que cabe a los jueces en la organización institucional del Estado. Cita a Borda al señalar que los jueces deben tomar en consideración la justicia o injusticia de la ley, lo cual importa uno de los fines del Preámbulo de la Constitución - "afianzar la justicia"- que confiere contenido moral a todo el ordenamiento legal.

Lo propio hace con Mosset Iturraspe y Lorenzetti para resaltar que el "Derecho" no puede ser examinado con independencia de los valores y que las fuentes a través de las cuales ingresan los valores son la Constitución, los tratados, las leyes y las costumbres y aun la jurisprudencia (6).

Por su parte Vigo entiende como un acierto la distinción entre derecho y ley frente a la estructura originaria del Código de Vélez que los asimilaba, considerando que el desafío para la teoría jurídica y los juristas es controlar sustancialmente a toda ley más allá de las formas, de ese modo, constatar racionalmente si ella ha logrado emerger o no del Derecho, dado que frente a esa contradicción sólo corresponde hacer prevalecer el Derecho y declarar inválida a la ley (7).

Como se aprecia, esta última idea equipara el concepto de "derecho" al de orden jurídico constitucional, y como tal cumple el rol de pauta validadora o no de la ley como norma infra-constitucional.

Es claro que en el artículo 1, los nuevos codificadores han querido dejar claramente explicitada la subordinación de las leyes -y del Código en particular- a las normas de jerarquía superior -constitución y tratados internacionales-. En cuanto a la finalidad de la norma, los usos y costumbres y la jurisprudencia -si bien esta última no fue finalmente incluida en el articulado- aparecen como criterios de interpretación y aplicación de las leyes pero, obviamente, no con mayor jerarquía normativa.

El artículo 2 que trata específicamente de la interpretación, es lógico que comience por aludir a la interpretación literal y teleológico de la ley o aplicar, pase luego a las leyes análogas y a los tratados, para finalmente "elevarse" -si se me permite el término- a estándares más abstractos e indeterminados como los principios y valores jurídicos, y al indicarse que dicha interpretación debe ser "de modo coherente con todo el ordenamiento", deviene insoslayable considerar que tales principios y valores son los constitucionales.

De allí que, de acuerdo a Bouzat (8), cabe considerar a los valores y principios de la democracia constitucional -entre los que cabe señalar el papel prevalente de la autonomía personal del artículo 19- como un estándar último y más abstracto de interpretación a la luz del cual corresponde "calibrar" los demás criterios interpretativos más concretos y más próximos en su reconocimiento.

En cuanto al artículo 3, se ha entendido que el mismo no sólo alude a las reglas procesales que rigen los contenidos de las sentencias -por ejemplo, el principio de congruencia-, ni viene a receptor únicamente distintos parámetros de la jurisprudencia de lo Corte Suprema aceptados para juzgar a las sentencias como "arbitrarias", sino que implica subordinar el Código a los principios jurídicos y valores que se asientan en la Constitución y en los tratados por

tratarse de normas de jerarquía superior (9).

Más allá de lo correcto de la reflexión mencionada, y en concordancia con la misma, agregaría que el artículo 3, al disponer que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada, implica la recepción en el Código del principio de razonabilidad consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional y, por ende, impone a los jueces examinar que la reglamentación que a través de las leyes -entre ellas el Código- se efectúa de los derechos, no "altere" su esencia o no afecte su núcleo básico, lo cual supone una labor de ponderación cuya dificultad aumenta en el caso de conflictos entre derechos constitucionales en los relaciones privadas.

Y es en este tipo de conflictos en los cuales el principio de autonomía personal viene a operar de pauta sustantivo que permite "medir" cuánto se puede limitar el ejercicio de los derechos en aras de la razonabilidad (aquí se da el ejemplo del conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor a la intimidad; derecho a demandar judicialmente y derecho al honor; libertad de contratar y derecho a la igualdad o derecho a la dignidad; libertad de asociación y derecho a la igualdad).

Como se dijera más arriba, se ha visto como positiva la distinción entre "derecho" y "ley" que se recepto en el Título Preliminar del nuevo Código. En ese sentido se ha entendido que los jueces no están propiamente para ejecutar la ley, ni incluso para la paz social, sino para decir el derecho en cada caso, sin perjuicio de reconocer que desde la justicia se construye la paz; sin embargo se ha prevenido que dicha responsabilidad en manos de los jueces reclama una muy clara y sólida preparación científica, prudencia y ética, dado el riesgo de que la discrecionalidad degenera en arbitrariedad y que el derecho se reduzca a la jurisprudencia.

De allí que se refuerce la idea de que los casos deben ser resueltos en primer lugar conforme a la ley, ya que de lo contrario aparecen sentencias que no la aplican o se apartan de ella sin declarar

su inconstitucionalidad. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, se trata de una deducción. Pero esto resulta acertado para los llamados "casos fáciles", que son instancias individuales de los genéricos previstos en la ley cuando, en realidad, los llamadas "casos difíciles" pueden ser frecuentes, donde es posible arbitrar más de una solución razonable en el derecho vigente y válido (10).

A pesar del comentario laudatorio para los codificadores por la distinción entre el "derecho" y la "ley", se ha criticado que dicha distinción no aparece reflejada en el articulado, dado que en los dos primeros artículos se habla sólo de la ley y de su interpretación, y las fuentes mencionadas en el artículo 1 lo son en relación con la interpretación. De allí que se objeta que el capítulo dedicado al "derecho" termine hablando sólo de la ley. A ello se critica que el listado de fuentes de este artículo 1 menciona a la Constitución, los tratados y los usos y costumbres, pero siempre en conexión con la "interpretación"; el artículo 2 se refiere expresamente a la interpretación de la ley, y el artículo 3 aporta mayor ambigüedad al referirse a una decisión "razonablemente fundada" (11).

Vigo señala como un déficit que el artículo 2 caiga en el juridicismo, ya que sólo habla de Derecho, esto es, de las palabras, finalidades, leyes análogas, derechos humanos, principios y valores y coherencia con el ordenamiento, pero se ignora a los casos. A tal fin reclama que se resuelvan los casos ajustando la respuesta a sus particularidades, o sea resolviendo por medio de la equidad, considerando que el silencio respecto de la equidad supone un dejamiento de un recurso conceptual fuertemente consolidado y de una enorme tradición que viene del Derecho Romano (12).

Encuentro que esto referencia o la equidad, entendida como la "justicia del caso particular", es en cierta medida artificial o sobreabundante, ya que se supone que los jueces subsumirán el caso particular a la norma, principio o al estándar jurídico general a aplicar, y en ese supuesto se atenderán las cuestiones específicas del caso.

Pero además de ello, el concepto de "equidad" o "justicia del caso particular" resulta de por sí ambiguo e indeterminado, por lo que en todo caso aparece suficientemente comprendido en el artículo 3 al disponerse lo resolución razonablemente fundada de los casos. Y si se pretende sugerir que la razonabilidad también es un concepto indeterminado, por lo menos tiene un anclaje en el artículo 28 de la Constitución, que remite a conceptos sustantivos como los derechos y principios constitucionales, dentro de los cuales argumenté en pos de la prevalencia de la autonomía personal.

El capítulo 3 del Título Preliminar se refiere al "Ejercicio de los derechos", lo que presenta interés en tanto se intente encontrar un punto de certeza en el conflicto de derechos en las relaciones de derecho privado a partir de un principio de carácter sustantivo, como lo es el de la autonomía personal. En ese derrotero diversos autores entienden que los derechos constitucionales se aplican indirectamente a las relaciones de derecho privado a través de institutos como los de buena fe, el orden público, las buenas costumbres, o el abuso del derecho.

Sin embargo, tales nociones, institutos o principios que el derecho privado positivo suele receptor legislativamente no se muestran idóneos para resolver los conflictos de derechos constitucionales en los relaciones de derecho privado, ya que si son tales derechos los que suministran el contenido de tales institutos, los mentados conceptos no se presentan como criterios sustantivos que permitan orientar la prevalencia de tal o cual derecho en el conflicto.

Aclarado lo expuesto, más allá de que encuentro legislativamente correcto la inclusión de tales institutos como pautas de orientación en el ejercicio de los derechos en el nuevo Código, debe tenerse presente las limitaciones de los mismos para dirimir los conflictos de derechos en las relaciones de derecho privado.

Los textos normativos en cuestión son los siguientes:

"Los derechos deben ser ejercidos de buen fe" (artículo 9).

"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización" (artículo 10).

"Lo dispuesto en los arts. 90 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales" (artículo 11).

"Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir" (artículo 12).

"Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba" (artículo 13).

"En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general" (artículo 14).

Con relación a las normas transcriptas, García Lema ha sostenido que se trata de límites que enmarcan la autonomía de la voluntad, destacando entre las mismas al "orden público", concepto que se extiende en el artículo 12 al "fraude a la ley" cuando se invoque

el amparo de un texto legal para perseguir un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa, debiéndose aplicar esta última (13).

En cuanto a la buena fe en particular, además de su mención en el artículo 9, el 729 dispone que: "Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe"; así como el 961 reza: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

Los tres normas (art. 9, 729 y 961) reconocen como norma de concordancia en el Código de Vélez al artículo 1.198, cuyo primer párrafo consta de un texto análogo al del 961 del nuevo Código. La buena fe es conceptualizada como un principio general del derecho que sirve para la interpretación y a la vez a la integración del derecho.

Se ha considerado que, respecto de la integración, tiene un doble rol, ya que actúa como "interpretación integradora" en cuanto colma lagunas de la voluntad de los contratantes sobre la base de inferencias de lo que presumiblemente hubiera sido esa voluntad si hubiese sido declarada y, además, introduce efectos contractuales no previstos por las partes. En concreto en materia contractual se ha sostenido que la autonomía de las partes sirve como fundamento o todo el derecho contractual, pero ese principio debe armonizarse con el de equivalencia de prestaciones y de buena fe o confianza (14).

De acuerdo a este rol integrador, la eficacia de principios como el de buena fe aparece constreñido o los supuestos de "lagunas" como lo prevé el artículo 16 del Código de Vélez, con lo cual resultaría inaplicable al mundo de los contratos en el cual la autonomía de la voluntad reina de manera soberana; en esa inteligencia la buena fe no manda otra cosa que el respeto a la palabra empeñada, a la letra y al espíritu o intención.

Pero también, se sostiene que la buena fe tiene mucho que ver con los fines -de la norma y del contrato-, con las circunstancias históricas que rodearon la celebración y el cumplimiento del negocio y, por fin, con las particularidades de persona, tiempo y lugar.

En cuanto a lo que "las partes entendieron o pudieron entender", importa que los celebrantes, obrando sin culpa (concepto negativo) o sea "con cuidado y previsión" y, a la vez de buena fe (concepto positivo), o sea con lealtad y probidad, asumen los deberes y adquieren los derechos que se mencionan en el contrato ya la vez los que imponen los usos y las circunstancias de la relación o situación jurídica. Aquí confluyen la buena fe-lealtad con la buena fe-creencia, la objetiva con la subjetiva, porque además de lo que los celebrantes entendieron, lo cual resalta lo subjetivo, se remarca la medida objetiva como estándar medio a la que alude la norma con la expresión "pudieron entender". A diferencia del obrar sin culpa, diligente, prudente y experto, la buena fe, impone, partiendo justamente de ese obrar sin culpa, ciertos deberes concretos cuya catalogación supone una situación o relación determinada, por lo que la buena fe es un plus, algo más que un actuar sin culpa (15).

Con relación a la función de la buena fe en el campo de la responsabilidad contractual, esto es a lo normado en los artículos 729 y 961 del nuevo Código, cabe recordar que se trata de un concepto que podemos enraizar en el principio de autonomía personal. En efecto se hace mención a la buena fe contractual en su relación a la frustración del contrato (ejemplo de la coronación de Eduardo VII), en cuanto éste sufre modificaciones sustanciales en virtud de circunstancias sobrevinientes, lo cual lleva a indagar qué es lo que las partes "verosíblemente pudieron entender", lo cual importa una pauta o criterio de interpretación objetivo, y no subjetivo como sedo lo que las partes "efectivamente entendieron"¹⁶. Y este recurso a criterios objetivos ante la disparidad de las representaciones subjetivas de los co-contratantes importa la melar respuesta a una igual consideración y respeto en términos de Dworkin.

Sin perjuicio de lo anterior, es de recordar que Fried es crítico de una noción de buena fe contractual fundada en lazos de comunidad entre las partes que generen imperativos morales, derivada del altruismo. Para este autor (17), la buena fe significa básicamente honestidad de hecho, virtud asociada con el individualismo y el principio de autonomía, dado que si una persona está bien informada y goza con seguridad de sus derechos, cualquiera de las disposiciones que elija merece ser respetada, lo que remite al principio de dignidad de la persona formulado por Nino.

La honestidad asegura que un co-contratante no engañará para beneficiarse de la decisión mal informada, así como que una vez cerrados los acuerdos serán respetados.

Por último, cabe agregar, siempre recordando los conceptos de Fried, que el deber de ejecutar los contratos, de acuerdo a la buena fe, no contradice la naturaleza autónoma de la obligación contractual, dado que una interpretación razonable del acuerdo de las partes, de sus intenciones originales y del contexto de las prácticas usuales para este tipo de transacciones, resulta una solución satisfactoria en los casos de cumplimiento contractual, en tanto las promesas se efectúan en un trasfondo de propósitos y experiencias compartidas, sin el cual la comunicación sería imposible (18). Esta noción de buena fe contractual, lejos de resultar incompatible con el principio de autonomía personal, importa respetar la persona del co-contratante, tomar en serio su voluntad libremente informada y sus derechos.

El artículo 10 del nuevo Código se corresponde con el artículo 1.071 del Código de Vélez. Esta norma resulta relevante por la significación y las limitaciones de la eximente de responsabilidad del ejercicio regular de un derecho, ya que en el caso de conflictos de derechos resulta difícil establecer cuándo el ejercicio de los mismos deja de ser regular para pasar a ser abusivo o para decirlo más concretamente "irregular".

Descartadas por su imprecisión y vaguedad las propuestas de

armonización de los derechos, he de sostener que el derecho prevalente será el que "en el caso" satisfaga de manera más plena las exigencias del principio de autonomía personal. Resulta pertinente recordar en este punto que el principio de razonabilidad que muchas veces se utiliza como pauta de armonización de los derechos, en tanto establece que debe respetarse el núcleo esencial o el "peso mínimo" de los mismos, no resulta eficaz para decidir los conflictos más difíciles, en los cuales el ejercicio de un derecho necesariamente importa la supresión o desconocimiento del otro.

Se puede citar aquí el ejemplo del ejercicio de la legítima defensa, o para no caer en casos tan dramáticos, los que se presentan entre la libertad de expresión y el derecho al honor de ciertas personas públicas, o la libertad de contratar empleados y el derecho a la igualdad en el acceso al empleo. En síntesis, los ejemplos brindados nos muestran que, al igual que acontecía con el artículo 1.071 del Código de Vélez, la fórmula de "ejercicio regular de un derecho" contenida en el artículo 10 del nuevo Código resulta estéril en muchos casos de conflictos de derechos.

La norma, en su segundo párrafo, define el ejercicio abusivo de los derechos, al igual que el citado artículo 1.071, mas se sigue remitiendo su configuración a conceptos que necesitan de los derechos para la concreción de su contenido, como el caso de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Sobre la primera me explayé en los párrafos precedentes. Y en cuanto a la moral y las buenas costumbres cabe destacar que, al igual que para la buena fe, justamente son los derechos constitucionales los que dan contenido a las mismas, en cuanto a cláusulas del derecho privado que pretenden ser utilizadas para brindar certeza a la solución en los conflictos en las relaciones entre particulares. Mosset Iturraspe destaca que la consagración del "abuso del derecho" como actividad antijurídica conduce o resalta el deber de "moralizar el derecho" a cargo de los jueces, valorar en todo lo que sea posible, la conducta moral de cada persona en la sociedad. De este modo, la vida social

quedará basada "no en la pretendida seguridad resultante de unas reglas mecánicas y abstractas, sino en la seguridad que nace de una conducta moral normal, procurada y amparada por el aparato coactivo del Estado (19).

Desde ya que no juzgo incorrectas estas consideraciones, sino que, nuevamente, se presenta una circularidad conceptual en cuanto se ancla la idea de abuso de derecho y, por ende, de antijuridicidad en conceptos indeterminados, en tanto se trata de cláusulas continentales que necesitan ser "llenadas" con la sustantividad que, a mi juicio, sólo se encuentra en el contenido o idea de los derechos constitucionales.

En cambio, el concepto del ejercicio abusivo de los derechos como contrario a los fines del ordenamiento jurídico sí resulta muy rico a los efectos de la argumentación que vengo defendiendo.

Esta idea de los fines del ordenamiento jurídico, a juicio de Mosset Iturraspe, se vincula a la antijuridicidad material como opuesta a la antijuridicidad formal. Esta última parte del principio de que una acción es antijurídica sólo y porque es contraria a una prohibición jurídica de hacer u omitir.

Por su parte la antijuridicidad material sostiene que la acción es antijurídica no por contrariar una prohibición sino porque tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria al Derecho. Esta "materia" no está fuera del derecho, no es extranormativa, sino dentro del mismo, inspirando y fundando la preceptiva de mayor jerarquía: la imperativa. Son las prohibiciones que surgen por implicancia, desprendidas de los principios que sostienen los órdenes públicos - políticos, económicos y sociales- y la moral social o buenas costumbres. Es así que receptada esta especie de antijuridicidad resulta fácil superar una aparente contradicción, en cuanto se puede respetar la letra de la ley y violar su espíritu, se puede aduar dentro de los límites objetivos y de la propia prerrogativa y, a la vez, contrariar los fines que la ley tuvo en miras al reconocerla, lo que importa el ejercicio abusivo (20).

Nuevamente esta idea se presenta circular, en tanto se hace descansar el "antijuridicidad material" en conceptos como el orden público -en el que me detendré más adelante-, la moral social a las buenas costumbres, los cuales, según he intentado mostrar, no son de entidad sustantiva, ya que necesitan que su contenido sea definido o completado con el de los derechos constitucionales.

El civilista santafecino continúa desarrollando la idea del finalismo jurídico, explicando que las instituciones jurídicas formadas por normas, regidas y gobernadas por normas, tienden a organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida. El Derecho, así, no puede desligarse del sentido político, "ya que cada norma supone la elección de un fin y la de unos medios para conseguirlo. No es posible desconocer los fines de las instituciones y de las normas, ya que es el "tejido conjuntivo", por lo que su ignorancia debe merecer el mismo tratamiento que la ignorancia de las leyes (21).

Comparto lo expuesto por el civilista mencionado, con la aclaración de que dado que las instituciones jurídicas tienden a organizar la vida en comunidad conforme a un ideal de vida, previamente debe definirse este ideal. Y desde la óptica de la democracia deliberativa ha de argumentarse que, tanto los estándares normativos del derecho público como los del derecho privado, reconocen como principio prevalente el de la autonomía personal, lo que otorga contenido sustantivo a los fines del ordenamiento jurídico, en un nivel más elevado, en el sentido de más "sustantivo" que los criterios de orden público, buena fe, moral y buenas costumbres, que en sí resultan insuficientes para "modelar" dichos fines.

El artículo 11 del Código Civil y Comercial refiere a los dos artículos anteriores, estableciendo que lo dispuesto en ellos se aplica cuando se abusa de una posición dominante en el mercado. Bien se ha dicho que en esta norma se prevé una variante del "abuso del derecho", en la cual el abuso aparece ligado indisolublemente a la normativa dictado para reprimir las prácticas limitativas de la competencia.

En ese sentido este tipo particular de abuso aparece sancionado en la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia por lo que se configura como una ilicitud específico, mientras que el abuso del derecho implica una contradicción con los fines del ordenamiento. Asimismo se destaca que el abuso afecta, en principio, un interés privado, en cambio el abuso de posición dominante afecta un interés público, de carácter general. Y como última distinción se abstiene que el abuso del derecho presupone un daño actual y cierto, en tanto que el referido a una posición dominante no requiere que el daño se haya producido, bastando con la lesión potencial razonablemente previsible del bien jurídico tutelado (22).

Como se puede apreciar, el abuso de posición dominante es conceptualizado como una "especie" dentro del "género" abuso del derecho, por lo cual lo referido a este último en cuanto a cláusula general del derecho privado que requiere de los derechos constitucionales para obtener "sustantividad" resulta válido. Con todo, el abuso de posición dominante prefigura una situación que se presenta en un ámbito específico de las relaciones del derecho privado, que es el ámbito comercial, más específicamente el mercado.

Es así que adquiere su ámbito primordial de aplicación en el derecho contractual, y en ese sentido, la sanción como conducta antijurídica del abuso de posición dominante, lejos de contrariar el principio de la autonomía personal, viene a reafirmarlo. Es que ya hemos dicho, con apoyo en la obra de Fried (23), que la idea del contrato como promesa importa igualdad entre las partes contratantes, libertad de información, actuación de manera leal, en suma igual consideración y respeto en lo negociación, celebración y ejecución del contrato, todo lo cual rechaza la idea de que una de las partes aproveche una situación de superioridad para obtener ventajas a costa de la otra.

Es de hacer notar que la idea de abuso de posición dominante se vincula con la defensa de la libre competencia, expresión genuina de la autonomía personal en el ámbito del mercado, que no resulta

incompatible con la legislación inspirada en un paternalismo legítimo, dado que este último siempre debe encontrar su justificación en la preservación y en el incremento de la autonomía.

El artículo 12 refiere que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público, y que el acto por el cual se invoque el amparo legal y persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa debe ser considerado como otorgado en fraude a la ley y someterse a la norma imperativa que intenta eludir.

Esto mismo presenta concordancia con el artículo 21 del Código de Vélez cuyo texto dice:

"Las convenciones particulares no puede dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". La clave en estas normas radica en desentrañar qué se entiende con el concepto de "orden público", el cual, al igual que buena fe, moral y buenas costumbres, se presenta como una cláusula cuyo contenido debe precisarse, habiendo ya abogado por la necesaria remisión a los derechos constitucionales a fin de construir ese contenido.

García Lema entiende que, en esta materia, no cabe ignorar el significado que tiene el artículo 27 de la Constitución Nacional según cuyo tenor el gobierno federal -y por ende el Congreso- está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Considera que en la mejor interpretación de esa norma, tales "principios de derecho público" aluden a los emergentes de la totalidad de los artículos de la constitución. Allí reside, según este autor, la fuente constitucional que enmarca la noción de "orden público" y que en especie se aplica a los casos de derecho internacional privado (24).

Sin pretender "redefinir" el concepto de orden público, en diversos precedentes judiciales extranjeros se rechazaron o invalidaron contratos o cláusulas contractuales con el argumento del orden público, pero en realidad lo que se hizo prevalecer fue ciertos derechos, como el de igualdad o dignidad, frente al de libertad contractual (25). Nuevamente se presenta un concepto como limitante de la autonomía de la voluntad, debiéndose tener el debido cuidado de no recortar esta última con objetivos comunitarios o sociales implicados en un "orden público" cuyo contenido se presente alejado de los derechos constitucionales y, en especial, del principio de autonomía personal.

El artículo 13 del nuevo Código prohíbe la renuncia general de las leyes, así como permite renunciar a sus efectos en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba. La norma concordante en el Código de Vélez, el artículo 19, disponía: "La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno, pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia".

Considero que ambas normas expresan de manera cabal el principio de la autonomía personal, ya que se permite renunciar en el caso particular a la protección legal de los derechos propios, pero la renuncia general aparece, en principio, como contraria a la autonomía, ya que importaría una "alienación" de los propios derechos de manera rotunda y sin previsión, lo que impediría a quien renuncia decidir el control del curso de su vida, en definitiva la proyección autónoma de su plan de vida, núcleo esencial del principio de la autonomía (pensemos contratos que imponen cláusulas de no competencia o de confidencialidad lo que resulta razonable, o que imponen determinadas condiciones que comprometen la autonomía, vinculadas al estado civil o a ser padre o madre).

Si bien se sostiene que en sustancia la nueva norma no altera el contenido de la anterior, encuentro más acertado el texto de esta última, al hacer una expresa referencia a la renuncia de los derechos

propios. La salvedad que debería efectuarse se relaciona siempre con las normas sancionadas con justificación en un paternalismo legítimo - como las laborales, de defensa del consumidor- que impide renunciar a determinados derechos por presumir la situación de inferioridad o debilidad de negociación de la parte renunciante.

Asimismo el nuevo texto, al remitir al ordenamiento jurídico en la alusión a la prohibición de lo renuncia, más allá de la vaguedad del término, está comprendiendo obviamente a las normas constitucionales y con ello se puede advertir una referencia indirecta al principio de autonomía.

Finalmente, en lo que se refiere a este capítulo del nuevo Código, el artículo 14, luego de indicar que se reconocen derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, lo cual de por sí es revelador de la recepción de la normativa constitucional en un código de derecho privado, en su último párrafo dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente ya los derechos de incidencia colectiva en general. La redacción de este último párrafo presenta, en primer lugar, cierta redundancia al establecer que no se ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando afecten otros tipos de derechos cuando, en realidad, al ser un ejercicio abusivo el mismo ya deja de tener el amparo de la ley por la norma más general del artículo 10. Es así que con este artículo se ha querido ejemplificar un determinado tipo de ejercicio abusivo de los derechos individuales.

En cuanto a la afectación que este ejercicio puede acarrear a los derechos al medio ambiente y a otros de incidencia colectiva, ya que aquéllos integran esta última categoría, debe recordarse que los límites del derecho de propiedad deben resultar compatibles con el principio de autonomía personal y no basarse en objetivos políticos generales y de carácter comunitario.

En ese sentido es de señalar que las limitaciones al derecho de propiedad deben hallar justificación en el propio beneficio que el

titular de ese derecho pueda obtener de la restricción, en este caso de los derechos de incidencia colectiva.

Bajo dicho marco de referencia, el supuesto de que la limitación viene dada por "derechos" -de incidencia colectiva- y no por meros objetivos políticos o colectivos, importa ya un resguardo en el sentido de que el titular del derecho individual limitado forma parte del grupo titular del derecho de incidencia colectiva, lo que se aprecia claramente en el medio ambiente bien tutelado -comprensivo del patrimonio natural y cultural colectivo-. Es obvio que esta restricción se justifica aunque el titular del derecho individual no se "perciba" - subjetivamente- como cotitular del bien colectivo protegido, dado que dicha "cotitularidad" es de orden objetivo.

Y nuevamente la mentada objetividad estará en función de diversos factores, dentro de los cuales resultará relevante si dicho bien colectivo resulta útil para que los miembros del colectiva puedan desarrollar su autonomía. Habrá casos dudosos, pero en la medida que tales bienes colectivos sean beneficiosos para la salud, la memoria colectiva, el enriquecimiento y diversidad cultural, es factible aprobar su positividad desde el principio de la autonomía personal de los miembros del grupo.

Para culminar este punto, encuentro atinente dedicar unas escuetas reflexiones al capítulo 4 del Título Preliminar en lo que resulte pertinente para este trabajo. El artículo 15 dispone que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en el Código. Desde la perspectiva del derecho constitucional, se trata de una norma que reconoce o ratifica en el derecho privado el derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

El artículo 16 explica que los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico, dentro de los cuales, aquellos que son materiales se denominan cosas, cuyo régimen resulta aplicable a la energía y a las fuerzas naturales

susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. El texto de esta norma se concuerda con los de los artículos 2.311 y 2.312 del anterior Código que se ocupaban de definir los conceptos de "cosos", "bienes" y "patrimonio".

Es de destacar que al considerarse bienes que integran el patrimonio de una persona sólo o aquéllos susceptibles de valor económico se está considerando el concepto constitucional de "propiedad" tal como fue diseñado por la Corte Suprema. Así se ha entendido que el término "propiedad" empleado en la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad (26).

El artículo 17 establece: "Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales". Lo establecido en esta norma se encuentra en línea con el texto del anterior artículo y, por ende, con el concepto constitucional de propiedad al que se aludiera. Es que si consideramos que el cuerpo humano hace al propio sujeto y a su vida, se trata de un bien que no es susceptible de valor económico y por ende no resulta comprendido bajo el concepto de propiedad. Evidentemente esta norma es hija del concepto de dignidad como restricción, en cuanto se excluye del concepto de derechos disponibles a determinados bienes como el cuerpo humano, y de acuerdo a lo que se ha entendido respecto a la cuestión relativa a los principios de dignidad y de libertad contractual, la dignidad restricción sólo puede ser justificada desde la perspectiva del paternalismo legítimo y no del perfeccionismo.

Es así que cabría justificar la norma del artículo 17 del nuevo Código desde una posición jurídica que presume que quien "dispone"

de su cuerpo se encuentra en una situación de inferioridad o debilidad moral o socioeconómica tal, que no se encuentra en condiciones de ejercer su autonomía personal y, en consecuencia, de decidir autónomamente el diseño de su plan de vida. Se podría objetar que dada una interpretación amplia del concepto de cuerpo humano, la norma prohibiría el ejercicio de la prostitución de manera independiente, lo cual podría ser defendido desde una postura deferente a la prevalencia del principio de autonomía personal y la prohibición importaría asumir una postura "perfeccionista" que nuestra Constitución no admite.

Otro ejemplo conflictivo es el precedente francés citado del "lanzamiento del enano" (27), dado que podría decirse que la persona enana se ve compelida a ejercer dicha actividad -en la cual pone en riesgo su vida- por la falta de otras oportunidades laborales debido a su singularidad física. Sin embargo también podría considerarse que en muchos trabajos se pone en riesgo la integridad psicofísica de manera, quizás, mayor a la del caso comentado, a cambio de una mayor paga, y ello es socialmente aceptado.

El último artículo del capítulo que se está examinando, el 18, recepto el reconocimiento constitucional a la diversidad e igualdad cultural consagrado en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional. En efecto, el referido artículo 18 establece: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley de conformidad con lo dispuesto por el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional".

Como se aprecia, se trata de la concreción en el derecho civil de la titularidad comunitaria del derecho real de dominio por parte de las comunidades aborígenes respectivas sobre determinadas tierras, de acuerdo a la norma constitucional referida. Una consideración simplista y extremadamente individualista de la autonomía personal podría llegar a confrontar la norma en cuanto se da prevalencia o lo

comunitario frente a lo personal, en cuyo caso también resultaría objetable el propio artículo 75, inciso 17 de la Constitución, fuente del 18 del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, debe partirse de la premisa de que nadie puede ser obligado a integrar o pertenecer a la comunidad aborigen, ni a ninguna otra, contra su voluntad. Pero amén de ello es de señalar que el reconocimiento de la propiedad comunitaria, así como el reconocimiento previo de las comunidades aborígenes como sujetos de derecho, está en función de la identificación y sentido de pertenencia de sus miembros para con la misma, y en ese sentido resulta enriquecedor de la autonomía personal de los mismos.

Para finalizar he de destacar que la norma no sólo se refiere a las tierras tradicionalmente ocupadas por la comunidad, sino que también se extiende a otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, concepto este último que no puede ser desvinculado de la libre elección del proyecto o plan de vida, y como tal de la autonomía personal de los miembros singulares de la comunidad.

Por último es de destacar la relevancia del Capítulo 3 del Título I del Libro I del nuevo Código en cuanto a la recepción del proceso de constitucionalización del derecho privado. El mismo está ubicado en el título relativo a la "Persona Humana", perteneciente a su vez al Libro I de "Parte General". Este capítulo es titulado "Derechos y actos personalísimos" y consagra la recepción en el Código de determinados derechos constitucionales.

El artículo 51 dispone que "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad". La terminología es elocuente en recoger el ideario liberal igualitario, ya que hace referencia concreta a la inviolabilidad de la persona, principio considerado fundamental por Nino, y que según he intentado argumentar está implicado en el autonomía personal. En cuanto al reconocimiento y respeto de la dignidad, más allá de la reminiscencia al derecho fundamental en clave dworkiniana de "igual

consideración y respeto", encuentro poco feliz la alusión al concepto de "dignidad".

Ante todo cabe señalar que no se trata del principio de dignidad del que habla Nino, en cuanto deben tomarse en serio las decisiones de la persona por las cuales admite perder derechos o contraer obligaciones a fin de imprimir libremente una dirección a su plan de vida. La dignidad o la que hace referencia la norma es la "dignidad-restricción", no la "dignidad-empoderamiento", y dicha dignidad-restricción sólo se justifica en la medida en que importe la concreción de un ideario paternalista legítimo, esto es que la restricción a tomar decisiones que se impone a la persona encuentre su fundamento en que se impida a que ésta se vea obligado a aceptar determinadas situaciones disvaliosas para su autonomía. Por dicha razón habría sido más apropiado que en lugar de dignidad se hubiera dispuesto que la persona tiene derecho al reconocimiento y respeto de su autonomía. A ello debe añadirse que el concepto de dignidad resulta muy indeterminado, es un concepto "continente" dentro del cual, según la perspectiva filosófica a la que se adhiera, se lo puede "rellenar" con contenidos diversos.

Lo mismo cabe decir en cuanto al artículo 52 que establece: "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...". Nuevamente se utiliza el sustantivo "dignidad", aquí unido al adjetivo "personal", con lo que se presentan los problemas de la indeterminación del concepto. Y más aún cuando se refiere a la lesión a otros derechos como los mencionados, para luego utilizar una fórmula residual en cuanto pueda resultar menoscabada la dignidad de cualquier otro modo. Parecería entonces que los derechos enumerados -intimidad, honra, reputación, imagen e identidad- integran el concepto de dignidad, pero no son los únicos que así lo hacen

A ello debe sumarse que en el caso de conflictos de derechos,

concretamente con la libertad de expresión, no siempre estos derechos prevalecerán, ya que, en aplicación de la doctrina de lo "real malicia", y desde una perspectiva constitucionalista, habrá situaciones en que el derecho al honor ya la imagen deberán ceder, y en algunas otras - aunque menos- también habrá de hacerlo el derecho a la intimidad. Y ello en virtud de que es lo autonomía personal el fiel que incline la balanza a favor de uno u otro derecho en conflicto.

El artículo 53, en la medida que hace depender del consentimiento del interesado la posibilidad de captar o reproducir su imagen o voz, resulta un claro reconocimiento al principio de la autonomía personal. El artículo 54 presenta un alto grado de pertinencia para la materia de este trabajo. Su texto reza que "Na es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuada a las circunstancias".

Esta norma presenta la oposición entre "dignidad-empoderamiento" y "dignidad-restricción". Si se toman las medidas de seguridad y prevención adecuadas, y una persona acepta libremente realizar un determinado trabajo peligroso, que se supone que a cambio le va a generar una remuneración que justifique "correr" el riesgo, ¿se puede desde la "dignidad-restricción" prohibir ese contrato, en definitiva, restringir la "dignidad-empoderamiento"? Nadie vetaría que se contraten personas para limpiar vidrios de edificios de ochenta pisos, pero censuramos el trabajo en el "lanzamiento del enano", ¿por qué? Esto revela que la pauta para prohibir o no un empleo no es sólo el "peligro" para la salud o vida del trabajador, parece que el "limpiavidrios" cumple una función necesaria, mientras que el público se mofa del "enano". Es posible, pero como expuso en capítulos anteriores, ¿se podría condenar a no trabajar a una persona enana cuando la sociedad no le ofrece un mejor empleo y que él acepta libremente y que no lo aprecia como indigno? Reitero aquí que, dadas las particularidades del caso, el supuesto no es comparable con el

trabajador que admite trabajar en condiciones de horario e higiene que repercutan negativamente en la autonomía de los demás trabajadores de la actividad -pensemos en el caso Lochner ya citado-. Lo cierto es que se trata de una norma de muchísima pertinencia para los conflictos a presentarse alrededor de la libertad de contratar.

El artículo 55 admite el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, estableciendo que dicho consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. Se trata de una norma que, debido a la trascendencia de los derechos personalísimos, no permite presumir su disposición. Y limito esta última a través de la ley, la moral y las buenas costumbres.

Sobre la moral y las buenas costumbres cabe reiterar lo dicho respecto de otras normas en los cuales se alude a estos estándares, por lo que es de prevenir que muchas veces necesitan la encarnadura de los derechos a fin de que puedan servir de pauta legítima de conducta. En cuanto a la ley, la dificultad que se puede presentar es que una ley que prohíba la disposición de estos derechos sea atacada de inconstitucional justamente porque prohíba al titular de los mismos disponer de ellos porque éste considere que de esa manera se restringe su autonomía. Nuevamente aquí se presenta la idea del paternalismo legítimo en cuanto sólo desde dicha perspectiva podría justificarse una restricción a la libre y voluntaria decisión de disposición del sujeto de los derechos. Por lo demás, dada la íntima vinculación de los llamados derechos personalísimos con la autonomía, la directiva general de la norma en cuanto no presume el consentimiento y prescribe su interpretación restrictiva aparece justificada.

Resulta consistente con lo anterior la norma del artículo 56 en tanto prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente en su integridad, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, lo cual, a su vez, es consistente con la idea de dignidad en cuanto se decide libremente ceder derechos en

pos de la autonomía personal o de otros. Es de recordar con relación o esto último, el precedente de la Corte Federal Saguir y Dib (28), en el cual se autorizó a una joven a quien le faltaban unos meses para cumplir la edad mínima de dieciocho años para consentir la ablación de un órgano, a que se le practique la ablación de un riñón para que se le trasplante a su hermano menor de edad cuya vida estaba en serio peligro.

Los restantes artículos del capítulo, esto es desde el 57 al 61, dentro de las cuales algunas normas reafirman la necesidad de contar con un auténtico consentimiento del interesado para someterse o actos médicos, investigaciones en salud, para anticipar directivos médicas o incluso para disponer de las circunstancias de sus exequias e inhumación, se encuentran en línea coherente con el respeto a y prevalencia del principio de la autonomía personal.

2) El régimen jurídico del automotor y los principios constitucionales en el nuevo Código Civil y Comercial.

La legislación del régimen automotor -me detendré básicamente en algunas normas del Título I del régimen automotor- resulta sumamente determinada y precisa para lo que la cuestión relativa a la operatividad de los principios constitucionales en las relaciones de derecho privado no parece que tenga aplicación en esta materia. Si podría considerarse que el régimen automotor prevé implícitamente principios que hacen al derecho civil ya los que el Título Preliminar del nuevo Código hace expresa mención.

Así podríamos hacer mención que la operatoria de verificación de los automotores requerida para determinados trámites hace al principio de buena fe en tanto importa garantizar la contratación con lealtad, honestidad de hecho, brindar toda la información pertinente y considerar la persona del co-contratante. Aquí también cabría considerar la finalidad de la norma, tanto para la aplicación (art. 1 del Código), como para la interpretación de la ley (art. 2 del Código). Otro tanto cabe señalar con los trámites de identificación de los

presentantes (art. 3 de la Sección 1º, Capítulo II, del Título I).

En el Capítulo II, Sección 2º, se puede señalar que en el art. 3 se prevé la existencia de un libro de notas, lo cual responde más a principios de carácter procesal que sustantivo. Na obstante, esta norma que se encuentra ligada a principios del procedimiento administrativo, como el debido proceso o la transparencia a favor del administrado, puede tener su incidencia desde el de la buena fe en el caso de que el interesado pueda ser reprochado de algún tipo de demora o inacción por su co-contratante. El requisito de enunciar en la cartelera del Registro la existencia del libro de notas puede analizarse también desde el punto de vista del derecho del consumidor, si bien estamos en presencia de un servicio público de gestión privada más propia del derecho administrativo. Pero desde la óptica del derecho del consumidor, puede analizarse a la luz del deber de información del art. 1.100 del Código nuevo de manera análoga, y en esa perspectiva resulta de aplicación el principio de buena fe en tanto importa honestidad, lealtad y consentimiento informado.

Relacionado con la actividad del Encargado, el art. 13 del Decreto N° 335/88 dispone que al resolver o despachar una petición, debe analizar la situación jurídica registral del automotor y de su titular, la naturaleza del acto cuya inscripción o anotación se solicita, cuando puedan tener efectos registrales. Aquí tiene relevancia la nueva normativa en materia de derechos reales, si bien no innova sustancialmente respecto del Código de Vélez.

Es del caso mencionar la estructura legal de los derechos reales, siendo nulo la modificación de su estructura (art. 1.884), lo que se corresponde con el orden público (art. 12 del Código) que no puede ser dejado sin efecto por las convenciones particulares, y con la prohibición del ordenamiento jurídico de la renuncia o los efectos de la ley (art. 13 del Código), que en materia de derechos reales se vincula con el efecto "ergo omnes" de los mismos, por lo que afectando a más personas que los contratantes no es lícita esta renuncia. Esto se vincula con la necesidad de publicidad dado que se trata de bienes

registrables (arts. 1.890 y 1.892, antepenúltimo párrafo), a lo que cabe añadir el art. 1.893 que regula la inoponibilidad de la adquisición o transmisión de los derechos reales mientras no tengan la publicidad suficiente. Si lo relacionamos con principios más abstractos es claro que en toda esta materia campea el principio de buena fe en cuanto implica la lealtad contractual.

Todo esto dota al concepto de orden público de un contenido acorde a los derechos constitucionales -en este caso a la seguridad en la contratación y en definitiva a la propiedad- y no se está frente a un concepto de orden público nutrido de meros objetivos políticos sin relación con los derechos de las personas que ven limitada su libertad de contratación.

La prescindencia de esperar el plazo previsto para interponer el recurso en los casos previstos en el art. 14 se encuentra justificada en tanto se trata de observaciones que hacen a requisitos esenciales relativos a la expresión de voluntad de las partes interesadas (incs. a y b), o a vicios de forma del acto requirente (inc. c).

En ese sentido esta normativa resulta compatible con las normas de los arts. 260 y 262 del Código que hacen a la voluntad y a su manifestación expresa, y del art. 285, también del Código, que prevé una determinada forma para la perfección del acto. La prescindencia en cuestión tiene una relevancia importante, tanto que de acuerdo al art. 19 la deducción del recurso no suspende los efectos del acto recurrido, lo cual importa un reconocimiento fuerte de la doctrina de los actos propios, ya que el recurrente se debe hacer cargo de las consecuencias de su conducta negligente (argumento que hunde sus raíces en la autonomía personal desde una teoría compensatoria de la responsabilidad civil).

En el Capítulo IV, amén de las normas relativas a los representantes de las personas jurídicas contenidas en la Sección 3° y a los apoderados en la Sección 4°, respecto de las cuales habrá que ver su compatibilización con las reformas introducidas por el nuevo

Código a la Ley 19.550 y en materia de mandato (arts. 1.319 a 1.334), es de destacar el art. 5 de la Sección 4° donde se prescribe la necesidad de establecer las modalidades y características que hacen al contrato ya las partes contratantes, en caso de poder de una parte a la otra, o de ambas o un tercero. Es un resguardo de que se ha manifestado libremente lo voluntad y que no han existido vicios en cuanto a ella (error, dolo, violencia, lesión), lo que se encuentra en línea nuevamente con la buena fe, consentimiento informado y lealtad contractual.

La misma finalidad se encuentra en el ad. 6, siempre se trata de proteger al mandante. Justamente se exime del vencimiento temporal a los poderes especiales, ya sea porque contienen una información detallada de las facultades, porque el mandante es una persona jurídica o por la relación de dependencia del mandatario o se trate de mandatarios matriculados, lo que presume una mayor garantía para el mandante. Es concordante con lo expuesto con relación al Capítulo IV, la normativa del Capítulo V relativa a la certificación de firmas, ya que si no se acredita la personería resulta pertinente que la documentación correspondiente quede en poder del Registro (Sección 5°), y si se lo hace se deja constancia de los detalles del instrumento que la acredita (Sección U).

Resultado obvio mencionarlo pero hace a lo buena fe y probidad contractual la necesidad de acreditación del lugar de guarda habitual y del domicilio para la radicación del automotor que se exige en las Secciones 2' y 3' del Capítulo VI, porque ello evita ocultación de información al momento de la transmisión. También se vincula con el contrato de seguro a efectos de evitar una falsa denuncia del lugar de radicación para abaratar el pago de la prima. Claro está que también están en juego razones de derecho público, esto es de relación del titular en cuanto contribuyente con el Estado, a fin de evitar falsedades que permitan eludir las reales cargas tributarias.

La materia del domicilio se regula en los arts. 73 a 78 del nuevo Código. La conformidad del porcentaje de más del 50% de la

propiedad de los condóminos y herederos prevista en la Sección 40, importa ajustarse a la realidad del derecho de propiedad y no a la voluntad individual de cada uno de los interesados, lo cual es adecuado ya que debe primar la voluntad de la mayoría propietario. No se trata aquí del principio de la "mayoría democrática" sino de darle trascendencia al derecho de propiedad, a la sazón derecho constitucional. Desde ya que esto no implica abuso del derecho ni de posición de dominante, en el primer caso porque se corresponde con la realidad de la titularidad del bien, y en el segundo porque no estamos ante un contrato de consumo.

En el Capítulo VII, el art. 5 de la Sección 2ª al disponer que los Encargados asumen supletoria-mente la tarea de verificación de los automotores en caso de que no exista planta habilitada en la jurisdicción, importa una aplicación del principio "pro administrado", y si se analizó este deber desde la perspectiva de los principios constitucionales y del nuevo Código, también importa aplicación del principio "pro consumidor".

Otro tanto acontece en la Sección 7ª en cuanto a las verificaciones observadas, en las que es dable proceder a la inscripción si las diferencias percibidas no hacen presumir que se trata de vehículos distintos en el caso de que sean importados (art. 1, inc. 3, b). Se trata de ejemplos a efectos meramente enunciativos, lo que deja cierto poder de discrecionalidad en manos del Encargado.

Lo mismo ocurre en el caso del inciso 4, parlo que se presume que la diferencia observable no obedece a alguna actitud delictiva, o las situaciones previstas en los arts. 9, 10 y 11. Esto también puede interpretarse como aplicación del principio "pro consumidor" o "pro administrado". La documentación exigido por el art. 2,0 los pedidos de nueva verificación que debe solicitar el Encargado según los arts. 3 a 6 y 12 de esa Sección a fin de justificar alguna causa legítima de la alteración observada se compadece con el principio de la verdad objetiva que rige en el procedimiento administrativo. Por su parte las anotaciones que el art. 15 de esta Sección 7ª impone al Encargado en

los casos de dudosa numeración, a pesar de la inscripción ordenada por autoridad judicial o por la Dirección Nacional, tiende a prevenir a futuros adquirentes, con lo cual se está frente a una aplicación concreta de los principios de probidad y lealtad contractual y consentimiento informado (buena fe), así como de publicidad registral.

En el Capítulo VIII se regula el consentimiento conyugal, lo cual debe compatibilizarse con lo dispuesto al respecto por los arts. 457, 458 y 459 del Código, este último versa especialmente sobre el mandato entre cónyuges, lo que a su vez debe considerarse a los fines del art.1, c) de la Sección 2°. El asentimiento conyugal para disponer de bienes gananciales para el caso de bienes registrables se mantiene en el art. 470, inc. a).

Bibliografía

- (1) Ver en García Lema, Alberto M.: "Interpretación de lo Constitución reformada y el Proyecto de Código", en Lo Ley del 02/06/2014.
- (2) Ver en Bohmer, Martín: *Imagining the State. The Politics of Legal Education in Argentina, USA and Chile*", JSD dissertation, Yate Low School 2007, págs. 96/98.
- (3) Ver en Rivera, Julio César: "La recodificación del derecho privado argentino", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, "Proyecto de Código Civil y Comercial-1", págs. 17/18.
- (4) Ver en Rivera, op. cit., págs. 25/26.
- (5) Ver en García Lema, op. cit.
- (6) Ver en García Lema, op. cit.
- (7) Ver en Vigo, Rodolfo L.: "Comentarios al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial: El Derecho y la interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, "Proyecto de Código Civil y Comercial-1", pág. 43.
- (8) Ver en Bouzot, Gabriel: "El derecho como un sistema de

razones para la coacción", en Alegre-Gargarella-Rosenkrantz: "Homenaje a Carlos S. Nino", Ed. La Ley, 2008, pág. 148.

(9) Ver en García Lema, op. cit.

(10) Ver en Vigo, op. cit., págs. 45/46.

(11) Ver en Vigo, op. cit., págs. 46/47

(12) Ver en Vigo, op. cit., págs. 48/49

(13) Ver en García Lema, op. cit.

(14) Ver en Mosset Iturraspe, Jorge: "El ejercicio de los derechos: bueno fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, "Proyecto de Código Civil y Comercial", págs. 56/57.

(15) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 60/64.

(16) Ver en Fried, Charles: "La obligación contractual. El contrato como promesa", Editorial Juridica de Chile, 1996, págs. 94/95.

(17) Ver Fried, op. cit., págs. 114/120.

(18) Ver Fried, op. cit., págs. 126/130.

(19) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 100/101.

(20) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 90/93.

(21) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., pág. 97.

(22) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 102/104.

(23) Ver en García Lema, op. cit., págs. 113/115.

(24) Ver en García Lema, op. cit.

(25) Ver cita de los fallos: "Horwood y, Millar's Timber and Trading Company" y "Canadá Trust y. Ontario Human Rights Comission".

(26) Ver en Bidart Campos: "Trotado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1993, T° I, pág. 481.

(27) Ver en Brownsword, Roger: "Freedom of Contract, Humon Rights and Human Dignity".

(28) Ver CSJN, Fallos: 302:1284.

La Autonomía Municipal en la Constitución del Chubut

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: Bastons, Jorge Luis (dir.) Derecho Municipal. T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, págs. 1377-1399.

[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

I.- Introducción. II.- El federalismo y el municipio. III.- La autonomía municipal en la reforma constitucional de 1994. IV.- La autonomía municipal en la Constitución del Chubut de 1957. V.- La autonomía municipal en la actual Constitución del Chubut.

I. Introducción.

El presente trabajo tiene por finalidad presentar una breve semblanza de la organización municipal en el orden constitucional chubutense. Si bien se hará un breve repaso de las normas de jerarquía constitucional en el orden provincial que regulan el régimen municipal, la atención principal del análisis se dirigirá a la autonomía municipal como carácter primordial de dicho régimen. Por necesaria imposición normativa emanada de la supremacía de las normas constitucionales federales, básicamente los artículos 5 y 31 de la Constitución Nacional, en forma previa al examen de la normativa local, dedicaré algunos párrafos a dicho marco normativo federal a fin de ubicar sistemáticamente las normas provinciales y apreciar su adecuación a la mentada supremacía de la constitución nacional. Ello me llevará a revisitar conceptos constitucionales básicos, y por dicha condición sumamente conocidos. Mas es justamente dicha condición de básicos lo que hace que sean fundamentales para comenzar a analizar la

autonomía municipal en el orden local.

II. El federalismo y el municipio.

Es sabido que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Constitución Nacional, nuestro país ha adoptado para su gobierno la forma representativa, republicana y federal. Seguiré en esto a Bidart Campos quien lúcidamente distinguía entre forma de gobierno y forma de estado, a partir de la clasificación tripartita de los elementos del estado entre poder, población y territorio, si bien también admite al gobierno como cuarto elemento, mas el mismo se encuentra implicado en el poder (1) . Así, mientras la forma de gobierno responde a la pregunta ¿quién ejercer el poder?, o ¿quién manda? (2), la forma de estado responde al interrogante ¿cómo se ejerce el poder?, y dicha pregunta es susceptible de formularse a cómo se ejerce el poder con relación a la población o con relación al territorio. El federalismo es una respuesta posible a la última variante del interrogante presentado, responde a la pregunta acerca de cómo se ejerce el poder respecto del territorio, de allí que es una forma de estado y no de gobierno (3).-

La respuesta que brinda el federalismo a la pregunta ¿cómo se ejerce el poder respecto del territorio?, consiste en que el poder se ejerce de manera descentralizada. Importa una descentralización del poder con base geográfica o territorial, lo que implica que en un mismo espacio territorial el poder político es repartido en distintos entes o sujetos, en distintos estados. Tiene como consecuencia la coexistencia de distintos estados, más no todos se encuentran en el mismo nivel, ya que existe un solo estado nacional y una pluralidad de estados locales. Histórica y jurídicamente el federalismo ha sido pensado como una forma de estado que combina la fuerza centrípeta de un estado nacional y la centrífuga de varios estados locales o provinciales, de acuerdo a nuestra tradición de denominar provincias a dichos estados miembros del Estado Federal (4).-

Lo anterior supone el reconocimiento de dos niveles de

entidades políticas: estado federal y estados provinciales, de distinta condición. El estado federal es soberano, lo que supone que cuenta con la competencia de dictar sus propias normas en el más alto nivel -constitucional- sin que dicho ordenamiento derive su validez o reconozca superioridad a otro. Es que la soberanía es la cualidad del poder que, al organizarse jurídica y políticamente, no reconoce dentro del ámbito de relaciones que rige, otro poder superior de cuya formación positiva derive lógicamente su validez normativa (5). El poder constituyente federal, al dictar la constitución nacional no deriva dicha competencia de ningún orden jurídico superior, o lo que es lo mismo, de ningún otro poder constituyente superior.

En cambio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución Nacional, el que tiene su repercusión en la jerarquía del orden normativo constitucional que establece el artículo 31, los estados provinciales son autónomos y no soberanos. La autonomía importa la capacidad de un ente -podemos decir de un estado- de dictar sus propias normas -aun en el más alto nivel, el constitucional- pero reconociendo superioridad o supremacía a otro poder u orden jurídico del que deriva su validez. Es por ello que la norma del artículo 5 le impone condiciones al ejercicio del poder constituyente provincial. Por último, una tercera cualidad que se puede atribuir a un ente es la autarquía, lo que implica que goza de autosatisfacción económica y financiera derivada de la posesión de recursos propios y complementada con la posibilidad de disponer de ellos. Un ente autárquico tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta. La diferencia entre soberanía y autonomía por un lado y autarquía por el otro, pasa sustancialmente por la capacidad de autorregularse, de dictarse el propio orden normativo. Esta diferencia llevó a Marienhoff a calificar a las dos primeras como conceptos políticos, reservando la mera condición de concepto administrativo a la tercera (6).

Es conocida la discusión anterior a la reforma constitucional de 1994 respecto a si los municipios revestían la condición de autónomos o autárquicos. El artículo 5 habla de régimen municipal,

mas no agrega nada acerca de si dicho régimen importa autonomía o autarquía. También es sabida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes del fallo Rivademar, en cuanto consideraba a los municipios como entes autárquicos y no como autónomos. Así el máximo tribunal sostuvo en 1870 en el antecedente “García, Doroteo c/ Provincia de Santa Fe” (7), que las provincias tienen independencia, frente a los poderes de la Nación para decidir todo lo que hace “a su régimen, su progreso y bienestar interno”, materia donde se incluye al derecho municipal. En otro fallo de 1911, “Municipalidad de La Plata c/ Ferrocarril del Sud” consideró que los municipios se trataban de meras delegaciones o divisiones territoriales de la administración provincial, entes autárquicos territoriales, delegaciones de los poderes provinciales circunscriptos a fines y límites administrativos, y que están sujetos a la legislación provincial (8).-

En cuanto a la doctrina, Bidart Campos consideraba que el término régimen del artículo 5 necesariamente tiene connotación política, por lo que debía referirse a descentralización política, sino diría administración municipal (9). Según Sabsay y Onaindia el 5 no importaba necesariamente autonomía, por lo que hasta la reforma de 1994 se dejaba a las provincias regular el régimen municipal de manera autónoma o autárquica (10). En la doctrina administrativista fue Marienhoff quien sostuvo con más vehemencia la tesis de que los municipios son entes autárquicos y que en nuestro sistema federal las únicas entidades autónomas son las provincias, por cuanto no existen para este autor autonomías “sobrevinientes” o “a posteriori”, ya que la autonomía de una entidad requiere que ésta haya nacido históricamente con potestades propias y originarias, anteriores al estado del cual luego forma parte. Discrepa con la postura de la Corte en el antecedente “Rivademar”, porque dice que la autonomía requiere de poderes originarios y propios inherentes a los mismos entes, es decir nacidos simultánea y concomitantemente con ellos, pero los poderes municipales les fueron otorgados o delegados por los órganos legislativos provinciales o por la constitución nacional. Y en cuanto a los cabildos, entiende que son un mero antecedente histórico (11). Sin embargo esta postura no explica la autonomía de las provincias

sobrevinientes a la sanción de la constitución de 1853.

El 21 de marzo de 1989 la Corte Suprema de la Nación dicta el fallo “Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario” (12). Se trataba del reclamo de una empleada que había logrado su incorporación a la planta permanente municipal al amparo de la ley provincial 9286, pero el intendente dictó un decreto -con autorización del concejo- revisando los nombramientos de la gestión anterior. El municipio planteó la inconstitucionalidad de la ley 9286 por ser contraria a la constitución provincial y al artículo 5 de la constitución nacional, ya que impedía a los municipios legislar sobre materias de índole propia como el estatuto y el escalafón municipal. La Corte local hizo lugar a la demanda, y lo mismo propugnó el dictamen de la Procuración, quien consideró que el artículo 5 no impone la autonomía municipal quedando a discreción de las provincias conferir autonomía o no a los municipios, si bien destacó la tendencia del derecho público provincial hacia la autonomía. La Corte destacó que por el artículo 5 las provincias no pueden omitir a los municipios en su organización ni disolverlos dado que están previstos en el constitución nacional. Agregó que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para que puedan cumplir sus fines, para ello deben tener un régimen mínimo de autoorganización, autoadministración y autonomía económica y financiera. Además destacó que ciertos caracteres de los municipios reconocidos a nivel federal no se avienen con el criterio de autarquía: 1) su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas, 2) la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna ausente en tales entidades, 3) la imposibilidad de supresión o desaparición, dado que la constitución asegura su existencia, lo que no ocurre con los entes autárquicos, 4) el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente a las resoluciones administrativas emanadas de las entidades autárquicas, 5) el carácter de personas jurídicas de derecho público de carácter necesario de acuerdo al artículo 33 del Código Civil, frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos, 6) el alcance de sus resoluciones que comprenden a todos los habitantes de su circunscripción territorial y

no sólo a las personas vinculadas como en los entes autárquicos, 7) la posibilidad de crear entes autárquicos en el municipio, lo que no es una facultad de los propios entes autárquicos, y 8) la elección popular de sus autoridades (13). Posteriormente, en el precedente “Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe” (14), la Corte dijo que las provincias además de establecer el régimen municipal no deben privarlo de sus atribuciones mínimas tributarias para desempeñar sus competencias, ya que si estuvieran sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña, como la de las provincias, éstas podrían desarticular las bases de su organización funcional.

Como síntesis de este punto podemos concluir que aun antes de la reforma constitucional de 1994, y con mayor razón a raíz de los movimientos constitucionales provinciales generados en 1957 y 1985, los municipios provinciales integran nuestra estructura federal, en la que se da por existente una trinidad constitucional: municipio-provincia-estado federal. Y ello por cuanto si bien las competencias municipales se sitúan dentro del área de cada provincia, la base última del municipio provincial arraiga en la constitución federal. Ésta es la que lo reconoce y exige, de allí que cuando se habla de competencias “duales” (federales y provinciales) hay que incluir y absorber en las provinciales las que pertenecen al sector autónomico del municipio que, no por esa ubicación constitucional, deja de formar parte de la citada trinidad estructural del federalismo argentino (15).

III. La autonomía municipal en la reforma constitucional de 1994.

La reforma constitucional de 1994 mantuvo el artículo 5, y ello fue como consecuencia de que por el artículo 7 de la ley 24309 de declaración de necesidad de la reforma no se pudo modificar la parte dogmática de la constitución. Pero sí se modificó el artículo 123, que ahora impone a las provincias asegurar la autonomía municipal, reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, lo que importa un piso

mínimo de autonomía en esas cinco esferas. Se trata de un límite más fuerte al poder constituyente provincial. El esquema de descentralización política incluye tres ámbitos: estado federal, provincial y municipal. Ahora bien ¿esta autonomía municipal es igual a la provincial? Badeni, si bien reconoce al municipio como baluarte primario para concertar la tutela de las libertades del hombre, dice que carece de poder autónomo originario, que la constitución reserva exclusivamente a las provincias. Los municipios tienen autonomía pero derivada, impuesta por la constitución y cuyo ejercicio está organizado por las constituciones provinciales y sujeto al control de las legislaturas provinciales. Considera que son delegaciones de los poderes provinciales que la constitución ha previsto como entidades sujetas a su propio gobierno y legislación en ámbitos y materias determinados genéricamente por la ley fundamental y reglamentados por las Constituciones provinciales. Sí se les debe garantizar los recursos necesarios para cumplir con las funciones que se les asigna, para ello el destino de tales recursos puede ser directo si la ley provincial faculta a los municipios para proceder a su recaudación, o indirecto si se los inviste de la facultad necesaria para establecer gravámenes (16).

Sabsay y Onaindia destacan que las provincias están obligadas a reconocer la autonomía municipal, y siguiendo a Bidegain señalan que la autonomía es una suerte del poder constituyente condicionado y susceptible de gradaciones según las limitaciones que reconozca. La municipal es de menor grado que la provincial porque reconoce una doble limitación, la federal y la provincial (17). Por su parte Gelli entiende que desde 1994 se impone a las provincias el aseguramiento de la autonomía municipal pero no se las obliga a establecer un único modelo de autonomía. Es así que en una misma provincia pueden coexistir municipios de convención con atribuciones para dictar sus propias cartas autonómicas, y municipios por delegación reglados por leyes orgánicas de las municipalidades, partidos o departamentos según se los denomine en cada ente local, leyes sancionadas por las legislaturas provinciales. A su vez la autonomía municipal puede ser plena, sin condicionamientos de ratificación; o condicionada, esto es,

sujeta a la aprobación de las legislaturas provinciales. Sí deben contar con una base territorial significativa y atribuciones económico-financieras para desempeñar sus competencias (18).

Quiroga Lavié considera que el artículo 123 no consagró una autonomía municipal absoluta, sino que está limitada a los cinco aspectos señalados en la norma. Se trata de una norma programática que debe ser reglamentada por las provincias, pero es operativa en cuanto al mínimo de autonomía que reconoce. Los aspectos institucional y político se refieren a la organización del municipio, la elección de sus autoridades, pero pueden existir limitaciones en la constitución provincial o en las leyes provinciales mientras no sean irrazonables o contrarias a la constitución nacional. Así es razonable establecer categorías y que sólo tengan poder constituyente ciertos municipios. Pueden accionar judicialmente para lograr de los patrimonios provinciales los recursos mínimos para atender los servicios que el propio orden normativo provincial les manda cumplir. Otra consecuencia es que si una ley de intervención federal no dispone expresamente que alcanza al ámbito comunal, todo lo que disponga la intervención en ese sentido es inválido y nulificable por la justicia federal (19).

Se deduce de lo anterior que el concepto de autonomía es multívoco, de hecho en la constitución nacional se refiere como entes autónomos a las universidades (art. 75, inc. 19), al Ministerio Público Fiscal (art.120), a la Auditoría General de la Nación (art. 85) y al Defensor del Pueblo (art. 86), haciendo referencia básicamente a la autonomía funcional. Si se reduce el término autonomía a autonormatividad constituyente, además de la autonomía provincial, la constitución la exige sólo para la ciudad de Buenos Aires de acuerdo al artículo 129. Siguiendo a Rosatti los municipios con capacidad para dictar su carta orgánica son autónomos en este sentido, no siendo un requisito esencial en este momento histórico de todos los municipios argentinos. Sí en cuanto importa autocefalía -capacidad de elegir las propias autoridades-, autosatisfacción económico-financiera (autarquía), materia propia -posesión de un contenido competencial

específico con facultades de legislación, ejecución y jurisdicción -si bien algunos niegan esta última, dado que no tienen dicha facultad los jueces de faltas que ejercen poder de policía, aunque es de destacar que la constitución nacional expresamente previó la facultad jurisdiccional para la ciudad de Buenos Aires en el artículo 129-, y autodeterminación política -no recibir presiones o controles políticos o de otro tipo desde el exterior a su ámbito que impidan en la práctica las facultades asignadas (20)-. Por su parte Hernández considera que existen dos tipos de autonomía municipal: 1) la plena, que comprende los aspectos institucional, político, administrativo y financiero, y 2) la semiplena que involucra solamente los tres últimos (21).

Es de mencionar que con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, la Corte Federal trató la cuestión de la autonomía municipal en los fallos “Ponce, Carlos Alberto c/Provincia de San Luis” (22) y “Barbeito, Juan Cristóbal y otros c/Provincia de San Luis” (23): En 2001 como consecuencia de una ley provincial, se dispuso la caducidad anticipada de todos los mandatos de los cargos electivos provinciales y municipales mediante la introducción de una cláusula transitoria en la constitución y se habilitaba al Poder Ejecutivo provincial a convocar a elecciones para elegir a las nuevas autoridades, quien dictó el decreto correspondiente a tal efecto. Es así que se planteó una acción declarativa de certeza por el intendente de San Luis y los concejales, y más allá de que se convocaba a las dos cuestiones al mismo tiempo, se suspendió mediante medida cautelar y en el 2005 se declaró la inconstitucionalidad de ambas normas. La Corte declaró su competencia exclusiva y originaria por cuanto consideró que la autonomía municipal, tanto en lo político como en lo institucional, requería un ámbito de protección que excede lo local, más aún si podía influir en principios como el estado de derecho, la soberanía popular y la forma republicana. Se concluyó que se invadían competencias municipales al haber convocado la provincia a elecciones de cargos comunales.

IV. La autonomía municipal en la Constitución del Chubut de 1957.

Cabe mencionar que el derecho público provincial reconoció la autonomía municipal desde muy antiguo. Se señala como antecedente principal a la constitución de Santa Fe de 1921, en la cual se reconoció a los municipios de Rosario y Santa Fe poder constituyente incipiente, dado que tenían capacidad de dictar cartas orgánicas. Las constituciones de las provincias nuevas sancionadas a partir de 1957 y con mayor énfasis las reformas a partir de 1985, destacaron la autonomía provincial. Quien estudió profundamente este último proceso fue Hernández, quien destaca la diversidad de los regímenes provinciales, lo que juzga apropiado según la diversidad sociocultural, pero también advierte que se pueden reconocer notas comunes. Así señala como denominadores comunes el reconocimiento de una naturaleza sociológica en el municipio, por ser una comunidad natural basada en la convivencia o vecindad. El reconocimiento de autonomía, ya que a pesar de establecerse municipios de diversas categorías, por lo menos se reconoce un mínimo de autonomía a todos. Advierte también la nota de unión de la democracia y la eficacia, ya que se tiende a asegurar la vigencia y existencia de organismos y principios técnicos -planeamiento urbano, códigos y tribunales de faltas, garantías de la carrera administrativa, colaboración y relaciones intermunicipales y con la provincia-. Por último se destaca la plena participación ciudadana, a través de la elección popular de las autoridades y la implementación de los institutos de democracia directa y semidirecta (24).

La constitución originaria del Chubut formó parte del proceso constituyente de las “nuevas” provincias del año 1957, entrando en vigencia el 30 de noviembre de 1957. Esta constitución fundacional anticipó desde su preámbulo el propósito de establecer un efectivo régimen municipal, propósito que Heredia atribuye a que los constituyentes se sintieron tributarios del amor por las libertades municipales que se atribuían a los colonos galeses asentados desde 1865 en el territorio chubutense (25). En la convención constituyente

de 1957 se reflexionó acerca de los alcances de la autonomía municipal, señalándose que bajo el nombre genérico de corporaciones municipales se comprende a las municipalidades y comisiones de fomento. Dentro de las municipalidades se distinguen dos categorías: las autónomas en la máxima extensión del término; y las otras que, siendo autónomas, tienen una cierta dependencia del Poder Legislativo. Las municipalidades absolutamente autónomas serían aquellas que tienen un determinado número de habitantes y que gozan de la prerrogativa de dictar su propia carta orgánica mediante una convención municipal. Las municipalidades de menos de un determinado número de habitantes tienen autonomía, pero no absoluta o plena sino relativa, porque se rigen por la ley orgánica de corporaciones municipales, que es común a todas las municipalidades de la provincia (26).

Destaca Heredia que en la constitución de 1957 se impuso como condición de validez de las cartas orgánicas municipales determinados recaudos que debían observarse, si bien estos recaudos no estaban expresados como condiciones, tal como lo hace el artículo 5 de la constitución nacional respecto de las constituciones provinciales. Así enumera los siguientes recaudos: 1) asegurar los principios del régimen democrático, representativo y republicano (art. 207), 2) establecer el sistema electoral que habrá de regir (art. 207), 3) prever un cuerpo colegiado elegido por el voto directo del cuerpo electoral municipal (art. 207), 4) limitar la participación de extranjeros en los cuerpos colegiados al tercio como máximo de la totalidad de sus miembros (art. 207), 5) establecer el procedimiento para las reformas ulteriores (art. 221, última oración), 6) incluir especialmente los derechos de iniciativa, de referéndum y de revocatoria (art. 222). Es así que la constitución provincial exigió a la ley orgánica de Municipalidades y a las cartas orgánicas municipales asegurar esos principios, tal como ella misma los había observado en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 de la constitución nacional. Sintetiza Heredia que tales principios tratan de la base electiva del poder, de la periodicidad de los mandatos, de la responsabilidad de los funcionarios, de la publicidad de los actos de gobierno y, aun en su

proyección municipal, del principio de separación de poderes (27).

Como se puede apreciar se trata de los principios contenidos en la forma republicana de gobierno de acuerdo a la interpretación y desarrollo que se efectuara de la misma de acuerdo a su mención en el artículo 1 de la constitución nacional (28).

Siempre siguiendo a Heredia, cabe indicar que, como condición procedimental, la constitución impuso la obligación de someter la primera carta orgánica dictada en una corporación municipal autorizada para ello (art. 219) a la aprobación de la legislatura, que la aprobaba o rechazaba sin derecho a enmendarla (art. 221), mas las reformas ulteriores no quedaban sujetas a este procedimiento de aprobación previa. La limitación de la aprobación previa a la primera carta orgánica, dejando las modificaciones sucesivas al arbitrio del poder municipal, importaba, evidentemente, una extensión de la autonomía municipal. Por otra parte se aclaró, por el convencional Zamit, que la previa aprobación de la legislatura no importaba un paternalismo hacia los municipios, sino el entendimiento que el cuerpo legislativo, por ser la autoridad representativa del pueblo de la provincia, y por su mayor experiencia y jerarquía institucional, estaría en condiciones de rectificar algún error grave o impedir la sanción de una carta orgánica que no respondiera a los principios de las instituciones fundamentales de la municipalidad. Se justificaba esta revisión no como una limitación a las facultades comunales, sino para garantizar que la primera carta orgánica resultara adecuada a los principios jurídicos institucionales (29). Se trataba evidentemente de un control de constitucionalidad previo de las cartas orgánicas municipales llevado a cabo por un órgano político como la legislatura provincial. De allí que Heredia sea crítico de esta norma, que se mantiene en la actual constitución chubutense, señalando la inconsecuencia lógica en consagrar la plena autonomía de estos municipios para la redacción de la carta comunal (arts. 219 y 208) y la imposición de la previa aprobación legislativa (art. 221). Para ello razona que nuestro control de constitucionalidad corresponde en principio al poder judicial, de allí que la sujeción de las constituciones

provinciales a la aprobación previa del congreso nacional que imponía el artículo 5 de la constitución nacional originaria de 1853 resultaba reprochable, siendo reformado en 1860 a instancias de Buenos Aires (30).

En aplicación de la normativa constitucional provincial de 1957, en 1958 fue sancionada la primera Ley Orgánica de Corporaciones Municipales N° 55. En ella se enumeraron como tributos municipales el impuesto inmobiliario, el impuesto a los rodados (automotores) y el impuesto a las actividades lucrativas (actualmente sobre los ingresos brutos). Desde entonces, siempre según Heredia, el diseño básico en Chubut es el de la potestad tributaria municipal entendida como originaria, tal como la concibieron los constituyentes históricos en el artículo 212. Agrega nuestro autor que durante su larga vigencia esta ley fue motivo de diversas reformas, incluso un gobierno de facto dictó una ley que retrajo de la órbita municipal el ingreso a las actividades lucrativas y después el impuesto sobre los ingresos brutos, en evidente afectación de la autonomía municipal. Por su parte la segunda ley orgánica es la N° 3098 -actual ley XVI N° 46- devolvió a los municipios el impuesto sobre los ingresos brutos íntegramente, pero por una reforma posterior se excluyó de esa devolución a los ingresos producidos en el ámbito de la actividad ganadera y por los sujetos alcanzados por el convenio multilateral. Es de señalar que bajo la vigencia de la constitución de 1957 se sancionaron las primeras cartas de Comodoro Rivadavia y Trelew -luego fueron reformadas-, y la de Puerto Madryn, las tres ciudades más pobladas de la provincia (31).

V. La autonomía municipal en la actual Constitución del Chubut.

La constitución chubutense fue reformada en octubre de 1994, concretamente la nueva constitución entró en vigencia el 15 de octubre de 1994, es decir, con posterioridad a la reforma nacional, por lo tanto al debatirse la reforma ya se contaba con el texto nacional reformado al que, obviamente, debía conformarse en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución Nacional. El nuevo texto

destaca entre los propósitos del preámbulo, el de reafirmar la autonomía municipal, lo que se condice, claro está, con la reforma nacional que establece la autonomía de los municipios en su artículo 123. La misma denominación del título relativo a los municipios - Título II de la Parte Segunda- como Gobierno Municipal importa, al decir de Heredia, un avance hacia la plena autonomía municipal, ya que dicha terminología remarca la dimensión institucional del municipio, no sólo un mero ente administrador (32).

El artículo 224 reconoce la existencia del municipio como comunidad sociopolítica fundada en relaciones de vecindad y como entidad autónoma. Se trata de un concepto que recoge la dimensión que siempre tuvo en la historia institucional de la provincia, además de cumplir con la manda de los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional (33). En el artículo 225 otorga contenido al concepto de autonomía, estableciendo que gozan de ella en los aspectos político, administrativo y financiero. Se señala que la categoría y delimitación territorial de los municipios, comisiones de fomento y comunas rurales se determina por ley, ley que requiere el quórum agravado de los 2/3 del total de los legisladores. Resulta interesante resaltar que en cuanto a la delimitación territorial, esto es, la determinación de la competencia territorial, la constitución chubutense adopta el sistema de “municipio-ciudad”, en contraposición al de “municipio-partido” - como es el caso de la provincia de Buenos Aires- o “municipio-departamento” -como ocurre con las provincias de Mendoza o San Juan-. Esto es así porque la norma del artículo 225 establece expresamente que, para dicha delimitación territorial, debe tenerse en cuenta “...especialmente la zona en que se presten total o parcialmente los servicios municipales y el inmediato crecimiento poblacional”. Se ha sostenido que este régimen del municipio-ciudad, con la base territorial dada por la demarcación del radio urbano, suburbano, quintas y chacras, hasta donde llegan los servicios públicos de la comuna, presenta una doble ventaja: primero, parte de una base realista, acorde con la naturaleza e índole del gobierno local, ya que se circunscribe su acción hasta donde la comuna efectivamente actúa; y segundo, fomenta el espíritu de progreso, de sana emulación en la

labor específica del poder local, al ampliar su radio jurisdiccional en la misma medida en que se expanden y consolidan los servicios públicos del municipio (34).

Como se aprecia, la norma referida efectúa una clasificación de los municipios en tres categorías: municipios, comisiones de fomento y comunas rurales, cuyas características se detallan en las normas subsiguientes. El artículo 226 se refiere a la autonomía institucional, la que reserva a las municipalidades que en su ejido urbano tienen más de 2.000 inscriptos en el padrón de electores, pudiendo dictar su carta orgánica para cuya redacción gozan de plena autonomía. Se trata de los municipios por convención o de carta, con competencia para ejercer el poder constituyente de tercer grado, además de gozar de la autonomía en los planos político, económico-financiero y administrativo, que de manera general consagra el artículo 225 (35). Ahora bien, a pesar de la mención a una autonomía plena en el ejercicio de este poder constituyente de tercer grado, el artículo 231 mantiene la restricción de la constitución originaria en cuanto a que la primera carta orgánica debe ser sometida a la Legislatura para su aprobación o rechazo sin derecho a enmendarla. Ya se ha dicho, al referirse a esta misma normativa en la constitución originaria, que su finalidad es verificar si los artículos consagrados en las primeras cartas orgánicas se adecuan a los principios de las constituciones nacional y provincial, importando el ejercicio de un control político de constitucionalidad (36). Sin embargo se juzga a esta limitación como un ataque encubierto a las autonomías municipales, considerándose que ante el actual texto del artículo 123 de la constitución nacional, la referida “condición de vigencia” resulta inconstitucional (37). Es más, además de la denunciada inconstitucionalidad, se considera una norma desafortunada dado que resulta una potencial fuente de conflictos entre la legislatura y los municipios, más aun si se tiene en cuenta que tales conflictos pueden darse en mayor grado por razones políticas y no estrictamente jurídicas (38). Concretamente este conflicto se ha planteado con la carta orgánica de la ciudad de Esquel. De todas maneras la restricción de la competencia de la legislatura a la aprobación o al rechazo de la carta, importa una limitación de la

limitación, ya que acota los poderes del órgano deliberativo provincial, dado que si pudiera enmendarla se le estaría otorgando el poder constituyente municipal que es propio de la convención comunal (39). De tal suerte es que si se desaprobara la carta por parte de la legislatura, operaría un reenvío a la convención a fin de que sea ésta la que modifique la misma.

No obstante lo anterior, comparto lo sostenido por Gerosa Lewis, que dicha facultad legislativa de aprobación o rechazo es susceptible del control judicial, por cuanto si bien el poder judicial es ajeno al trámite del procedimiento de sanción de las cartas orgánicas municipales, el artículo 179, inc. 1, punto 4 de la constitución provincial, otorga al Superior Tribunal de Justicia de la provincia competencia para conocer y resolver los conflictos de los municipios entre sí o contra autoridades de la Provincia. De hecho el máximo tribunal judicial provincial se expidió en ese sentido en la causa “Convención Constituyente Municipal de la ciudad de Esquel c/ Provincia del Chubut s/ acción meramente declarativa-conflicto de poderes” (40), donde se sostuvo que se incurriría en una inconsecuencia si el procedimiento constituyente quedara trabado por la acción u omisión legislativa y la autonomía, representada por la Convención, no pudiera articular reclamo alguno para activar los mecanismos constitucionales a su conclusión. Con todo, en la sentencia definitiva (41), el tribunal estableció límites a su control, señalando que la revisión asumida debe ser medida y cuidadosa para no incurrir en el mismo desborde que se atribuye (a la Legislatura), debiéndose ser respetuoso del terreno propio del poder legisferante, pero sin renunciar al rol de contralor de la constitucionalidad de su actuación. De allí, prosigue el tribunal, que no sea atribución judicial “juzgar” el proyecto de la carta orgánica municipal, tampoco efectuar consideración alguna acerca de la conveniencia o inconveniencia de su aprobación o rechazo, y menos aun emitir un pronunciamiento que supla la voluntad del legislador, ya que ésta es una cuestión política que sólo cabe tomar en el ámbito de la discrecionalidad propio de aquella que la Constitución reserva a los otros dos poderes del Estado. En suma, el control judicial tal como se explicitó en el caso aludido, se

limita a revisar el procedimiento constitucional e infraconstitucional, esto es, constatar si la suerte del proyecto de la carta orgánica sometido a control ha sido decidida o no dentro del marco de atribuciones del Poder Legislativo y con arreglo a las formalidades a la que está sujeta (42).

Con relación al dictado de las cartas orgánicas, aunque también por razones de lógica jerarquía normativa esta disposición comprende al dictado de la ley orgánica de municipios, el artículo 229 establece determinados requisitos, al modo que lo hace el artículo 5 de la Constitución Nacional con las constituciones provinciales. Así deben asegurar los principios del régimen democrático, representativo y republicano y establecer el régimen electoral que ha de regir. También dispone que en toda municipalidad, hay un cuerpo deliberativo y un departamento ejecutivo que se eligen por voto directo y son renovables por períodos no superiores a cuatro años, pudiendo ser reelectos si así se determinara. Es más se establece que en los organismos colegiados, los extranjeros no pueden exceder del tercio de la totalidad de sus miembros. No encuentro a estas disposiciones un demérito de la autonomía municipal, ya que la autonomía, a diferencia de la soberanía, reconoce una instancia de poder superior, un orden jurídico superior, del que se deriva su validez. Es cierto que la autonomía municipal tiene su fundamento en la constitución nacional, pero también lo es que la autonomía municipal no tiene la misma jerarquía que la provincial. Con todo el requisito de asegurar el régimen democrático, representativo y republicano, se aviene con lo dispuesto por los artículos 1 y 5 del texto nacional, al igual que la existencia de los poderes legislativo y ejecutivo elegidos por el voto popular, ya que responden a la forma representativa y republicana. Sí parece excesivo el detalle en cuanto a indicar la duración de los mandatos y la posibilidad de reelección, coincidiendo con Heredia en que la técnica de la constitución de 1957 era preferible, ya que dejaba a cada municipio la decisión de su organización gubernamental (43).

Otra disposición relativa a las cartas orgánicas, es la del artículo 230 que prevé su sanción por convenciones convocadas por la

autoridad ejecutiva en virtud de una ordenanza sancionada al efecto. Prescribe que el número de convencionales debe ser igual al del cuerpo deliberativo municipal, y elegidos por voto directo y sistema de representación proporcional. Se ha destacado la relevancia del dictado de la carta orgánica, ya que al ser la “constitución comunal”, importa la genuina expresión del ejercicio de la autonomía municipal. Se trata de estatutos elaborados por los propios vecinos que sustituyen la ley provincial de corporaciones municipales y que entran a regir en el ámbito comunal donde son sancionadas. Si un municipio no cuenta con carta orgánica, queda regido por una ley provincial general que no contempla las situaciones específicas de cada ciudad y que puede no adaptarse a sus necesidades particulares (44).

Como quedara dicho, los municipios con poder constituyente, esto es con competencia para dictar su carta orgánica son aquellos con una población, en su ejido urbano, de más de dos mil inscriptos en el padrón municipal de electores (art. 226). Ahora bien, el artículo 227 dispone que tienen municipalidades las poblaciones con un ejido urbano de más de 500 inscriptos en el padrón municipal de electores, de lo que cabe colegir que aquellos municipios con poblaciones entre 500 y 2000 habitantes carecen de autonomía institucional, gozan de autonomía relativa, siendo municipios por delegación en cuanto se rigen en su organización fundamental por una ley provincial. La misma norma establece que los municipios con una población entre 200 y 500 habitantes tienen comisiones de fomento. A ambas categorías de municipios se les garantiza el gobierno y administración de los intereses y servicios locales. Finalmente, una tercera categoría, las comunas rurales, se prevé para las poblaciones con menos de 200 habitantes, respecto de las cuales, el artículo 228 dispone que la ley determina su competencia material, asignación de recursos y forma de gobierno, asegurando un sistema representativo con elección directa de sus autoridades.

El artículo 231, además de establecer el sometimiento de la primera carta orgánica municipal a la aprobación de la legislatura, indica que en la misma carta debe establecerse el procedimiento para

las ulteriores reformas de la misma. A su vez, tanto en la ley orgánica como en las cartas, deben incluirse los derechos y atribuciones de iniciativa, de referéndum y de revocatoria (art. 232). Esta norma, desde cierta perspectiva puede aparecer como restrictiva de la autonomía municipal, ya que introduce una exigencia particular en cuanto a su contenido. Es que una cosa es el requisito más bien genérico del artículo 229 en cuanto a que se aseguren los principios del régimen democrático, representativo y republicano, lo cual, como se expresó más arriba, importa una réplica de los requisitos del artículo 5 de la constitución nacional; y otra que se exija la inclusión de determinados derechos políticos como los mencionados de iniciativa, referéndum y revocatoria. Se ha defendido este requisito con fundamento en que la exigencia de consagrar mecanismos de participación no es caprichosa, sino que responde a un principio arraigado en la actualidad, ya que hoy se admite sin discusión alguna que la participación de los ciudadanos es esencial para que el cumplimiento de las funciones municipales alcance resultados satisfactorios (45). Entiendo que está fuera de discusión que los mecanismos de democracia semidirecta fortalecen la participación ciudadana, y por ende refuerzan el régimen democrático -dado que favorecen el “autogobierno” de la población-, el representativo -por cuanto favorecen que la voluntad del electorado se vea reflejada en las decisiones de quienes ocupan cargos electivos-, y el republicano -en tanto importa el control de los actos de gobierno y las consecuentes rendición de cuentas y responsabilidad de los gobernantes-. No obstante el juicio valorativo positivo de estas formas de participación, la pregunta radica en si resulta conveniente en establecerlas como requisitos de la organización municipal, la que puede depender de distintas circunstancias locales, de composición poblacional, costumbres locales etc., que en la medida que aseguren un piso mínimo de participación ciudadana, implicarían el respeto debido a la forma democrática, representativa y republicana exigidas en el artículo 229. Y se dejaría a cada comunidad poblacional, en respeto a su autonomía, dentro de dicho marco institucional, adoptar los mecanismos de participación que considere convenientes.-

El artículo 233 enumera las competencias de las

municipalidades y de las comisiones de fomento. Sería tedioso detenerse en los catorce incisos que integran la norma, por lo que me limitaré a destacar los que se vinculan de manera más directa con la autonomía municipal. A ello cabe agregar que la enumeración es ejemplificativa y no taxativa, tal como se desprende de la última parte del artículo que reza: “Los municipios tienen, además, todas las competencias, atribuciones y facultades que se derivan de las arriba enunciadas o que sean indispensables para hacer efectivos sus fines”, lo que importa una fórmula abierta e indeterminada que permite engrosar la lista de competencias municipales. Entre las competencias que refuerzan el concepto de autonomía municipal me permito distinguir las siguientes: a) la sanción anual del presupuesto de gastos y cálculo de recursos (inc. 2), b) el establecimiento de impuestos, tasas y contribuciones y su percepción (inc. 3), c) la facultad de contraer empréstitos con objeto determinado con el voto de los dos tercios de los miembros en ejercicio de su cuerpo deliberativo (inc. 6), d) la facultad de enajenar o gravar los bienes del dominio municipal, con el requisito del voto de los dos tercios del total de los miembros de su cuerpo deliberativo si se tratare de inmuebles (inc. 10), e) la calificación de los casos de expropiación por causa de utilidad pública con determinación de los fondos con que se hace efectiva la previa indemnización (inc. 11). Estas competencias hacen a la “autarcía”, es decir a la autonomía económico-financiera de los municipios, o a su “soberanía de recursos” al decir de Heredia (46).

También resultan dignas de mención las competencias de convocatoria de los comicios para la elección de autoridades municipales, así como la atribución a los tribunales electorales municipales de la competencia para decidir acerca de la validez o nulidad de la elección y la proclamación de los electos (inc. 7); el fomento de la educación y la cultura, pudiendo crear instituciones ajustadas a los principios de la constitución provincial (inc. 13); y la reglamentación, en el marco de sus atribuciones, de las cuestiones vinculadas con la protección del medio ambiente y el patrimonio cultural. La primera, relativa a la organización y juzgamiento de las elecciones municipales, importa la explicitación de la autonomía

política, ya que, más allá del debido control judicial de los actos que los órganos municipales en la materia, se garantiza que las cuestiones político-electorales se resuelvan en el ámbito comunal sin injerencia de los órganos políticos provinciales. Las otras dos, hacen a la autonomía política y administrativa, importando una concreción y reconocimiento de la órbita municipal en las cuestiones relativas al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, educación y medio ambiente, en concordancia con los artículos 41 y 75, inciso 19 de la constitución nacional, y los capítulos V (Recursos Naturales) y VI (Medio ambiente) del título II (Políticas de Estado) de la constitución provincial.

Dada la importancia de la “soberanía de recursos” a los fines de garantizar la autonomía municipal, cabe señalar que el artículo 239 establece que los municipios tienen rentas y bienes propios, siendo su facultad exclusiva la imposición de los mismos respecto de las personas, cosas o formas de actividad sujetas a la jurisdicción municipal. Asimismo la misma norma indica que disponen (los municipios) de la coparticipación de los tributos, regalías y derechos que perciba la provincia de conformidad con el régimen que asegura la automaticidad de la percepción y propende a la homogénea calidad de los servicios y a la justicia interregional. Se han enumerado, sin ánimo taxativo, como recursos municipales a: 1) los impuestos, tasas y contribuciones; 2) los precios públicos, derechos cánones, licencias, patentes y aranceles; 3) las multas, intereses, recargos y demás sanciones pecuniarias que se establezcan; 4) la coparticipación de los impuestos provinciales, nacionales y de las regalías; 5) los ingresos de capital originados por actos de disposición, administración o explotación de su patrimonio; 6) las donaciones, subsidios, legados y aportes especiales; 7) los empréstitos y operaciones de crédito; 8) el producido de decomisos, secuestros y remates (47).

Desde ya que excede a los fines de este trabajo efectuar un pormenorizado análisis de tales recursos, mas sí encuentro relevante destacar que la referencia que en el artículo 239 se realiza a la coparticipación de los tributos, regalías y derechos que perciba la

provincia y a la automaticidad en su percepción, resulta el reflejo de la norma del texto constitucional nacional del artículo 75, inciso 2, 2do párrafo. La norma del artículo 239, además, ratifica que los municipios deben seguir recibiendo la asistencia financiera provincial independientemente de la potestad tributaria que les incumbe de crear y percibir impuestos, tasas y contribuciones; el propósito es asegurar la supervivencia de los municipios, especialmente la de los más pequeños (48). Acerca de la coparticipación, caben aquí las reflexiones y comentarios efectuados respecto de la norma nacional. Así Gelli sostiene que el sistema de coparticipación federal creado por el artículo 75, inciso 2 ya aludido, se sustenta en los principios de concertación, solidaridad, equidad, automaticidad y funcionalidad (49). En el régimen provincial chubutense no resulta aplicable el primer principio, ya que la norma del artículo 239 prevé que la coparticipación de los recursos que designa es establecida por una ley provincial con quórum de sufragio calificado y no por una ley convenio o pacto fiscal como en el orden federal. Pero sí cabe admitir la vigencia de los otros principios. Así los de solidaridad y equidad deben presidir la distribución de la masa coparticipable; las pautas de solidaridad pueden llevar a una discriminación inversa a fin de favorecer a los entes locales con mayores dificultades, lo que restringiría la aplicación de la equidad para ayudar al desarrollo de la justicia social. Estos dos principios de solidaridad y equidad están implicados en la norma del artículo 239 al aludirse a la propensión a la homogénea calidad de los servicios y a la justicia interregional. Por su parte la automaticidad tiende a evitar el bloqueo de los recursos usado como herramienta de presión política y la violación de esta garantía constitucional habilita el reclamo judicial. En cuanto al principio de funcionalidad, el mismo exige que no se transfieran competencias, servicios o funciones -en este caso de la provincia a los municipios- sin la correspondiente reasignación de recursos. En tal sentido resulta implicado en el principio de equidad (50). Asimismo el principio de funcionalidad se encuentra expresamente contemplado en el artículo 234 de la constitución provincial que dispone que el Estado Provincial puede acordar con los municipios la delegación de servicios públicos, garantizando los recursos necesarios a los fines de su prestación.

Cabe mencionar respecto de los empréstitos que el artículo 233, relativo a las competencias de los municipios, enumera en su inciso 6 a la facultad de contraerlos con objeto determinado con el voto de los dos tercios de los miembros en ejercicio de su cuerpo deliberativo, y en ningún caso el servicio de la totalidad de los empréstitos puede ser superior a la cuarta parte de los recursos ordinarios afectables, ni el fondo amortizante aplicarse a otros objetos. Es claro que el texto normativo enfatiza el carácter de recurso extraordinario de los empréstitos, a tal fin cabe recordar que el artículo 4, última frase de la Constitución Nacional los enumera entre los recursos del tesoro nacional, señalando que el Congreso los decreta - junto a las operaciones de crédito- para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional. Es que este recurso fue admitido en la constitución histórica como un remedio heroico para resolver graves necesidades provenientes de la guerra o de hechos extraordinarios, pero fue convirtiéndose en un medio corriente de resolver los problemas fiscales del estado y el creciente endeudamiento público y privado (51). Es cierto que las limitaciones que el artículo 233 impone a los municipios, tanto respecto del objeto como del procedimiento para contraer el empréstito, pueden aparecer como una restricción “paternalista” a la autonomía de recursos comunal. Al respecto destaca Gerosa Lewis que, en oportunidad de debatirse el tema en la Convención Constituyente Provincial de 1994, se expresaron dos posturas. Una que decía que el tema no tenía que quedar abierto y librado a la buena voluntad de los funcionarios municipales de turno y que, por lo tanto, debían establecerse en el texto constitucional recaudos específicos en esta materia para evitar desviaciones inconvenientes para la sociedad local; y otra que indicaba que ello era parte de la responsabilidad municipal y, por consiguiente, era conveniente dejar en manos de los distintos municipios la resolución de estos temas. Finalmente primó la posición proteccionista o paternalista (52).

Relativo a la “soberanía de recursos” o autarcía, encontramos al artículo 241 donde se dispone que corresponde a los municipios todas las tierras fiscales situadas dentro de sus respectivos límites,

salvo las destinadas por la Provincia a un uso determinado y las que el Estado Nacional o Provincial adquieran a título privado. Asimismo, sin perjuicio del dominio federal y provincial, los municipios retienen la jurisdicción sobre lugares situados en sus ejidos en materia de interés local y conservan los poderes de policía e imposición sobre o en los establecimientos de utilidad nacional o provincial en tanto no interfieran sus fines específicos. Esto último se corresponde con la norma del artículo 75, inciso 30, 2da. parte de la Constitución Nacional. Por último en materia de recursos el artículo 240 prohíbe a las municipalidades establecer impuestos al tránsito de la producción de frutos del país, con excepción de los de seguridad, higiene u otros de carácter esencialmente municipal y de las tasas por retribución de servicios. Se trata de una norma consistente con lo dispuesto por los artículos 9, 10 y 11 de la Constitución Nacional, en tanto que tratándose de una actividad que constituye comercio interprovincial, queda excluida de la potestad tributaria municipal, así como de la provincial en virtud de las normas federales mencionadas (53).

El artículo 238, al reconocer poder sancionador a los municipios al permitirles imponer sanciones como multas, demoliciones, secuestros, destrucción y decomiso de mercaderías, no hace más que reconocer el poder de policía municipal, haciendo alusión a la Justicia Municipal de Faltas en correspondencia con el artículo 233, inciso 1 “in fine” que confiere competencia municipal a efectos del juzgamiento de las contravenciones a las disposiciones municipales. Como destaca Heredia, debe recordarse que la Justicia Municipal de Faltas no tiene el rol de contralor de los órganos del gobierno ni resuelve conflictos individuales, siendo en rigor de verdad, parte dependiente del órgano administrador. Por lo tanto sólo puede juzgar, y en su caso, sancionar, las contravenciones que los vecinos cometan a las normas dictadas en ejercicio del poder de policía local, aunque siempre respetando las garantías y los principios procesales básicos de nuestro ordenamiento jurídico (54), lo que se remarca en la constitución provincial, dado que el artículo 44 dispone la garantía del debido proceso en el proceso contravencional, entre otros.

Otro aspecto normado en la constitución chubutense y que hace a la autonomía municipal se vincula a la regionalización y a los convenios entre los ayuntamientos. El artículo 235 dispone: “La regionalización para el desarrollo integral debe realizarse sobre la base de la participación de los municipios en la elaboración de las políticas provinciales en materia de ordenamiento territorial de los espacios interjurisdiccionales, cuando los ejidos municipales se encuentren comprendidos o vinculados a planes y procesos de desarrollo económico social a escala regional o subregional”. La norma intenta replicar, de acuerdo a las particularidades locales y aceptando las diferencias entre provincias y municipios, el criterio de regionalización que se establece en el artículo 124 de la constitución nacional. Es que en la actual organización constitucional, la regionalización no desemboca en la creación de un nuevo nivel territorial, por lo que la región sólo está reducida o acotada al papel de un nivel intermedio de negociación, de intercambio y de construcción de consensos, de allí que resulte beneficiosa y necesaria la intervención de los municipios involucrados (55).

Por su parte el artículo 236 establece que los municipios contiguos entre sí pueden anexarse o fusionarse, con autorización de la ley, previa conformidad prestada mediante ordenanza por los respectivos órganos deliberativos, y ratificada por referéndum obligatorio de las poblaciones interesadas. La norma, además de que refuerza la autonomía municipal en cuanto prevé que las comunas puedan decidir su existencia, tiene claras reminiscencias en el artículo 13 del texto constitucional federal, que permite la división, partición y fusión de las provincias con el previo consentimiento de las Legislaturas respectivas y del Congreso. La norma provincial asegura una participación ciudadana más directa al establecer como requisito la ratificación por referéndum de las poblaciones interesadas. Asimismo el artículo 237 es el reflejo provincial del artículo 125 del texto nacional, en tanto prevé que los municipios pueden crear subregiones para el desarrollo económico y social y establecer organismos con facultades para el cumplimiento de sus fines; celebrar convenios intermunicipales para la prestación mancomunada de servicios,

ejecución de obras públicas, cooperación técnica y financiera y actividades de interés común de su competencia. Asimismo habilita a las comunas a firmar convenios con el Estado Provincial o Federal, para el ejercicio coordinado de actividades concurrentes como así también con organismos nacionales o internacionales y municipios de otras provincias. Como se puede apreciar, la competencia asociativa de los municipios resulta sumamente amplia respecto a las partes con las que pueden celebrar convenios, permitiendo también que los mismos se asocien en el seno de estructuras intermunicipales y establezcan subregiones para el desarrollo económico y social, transfiriendo inclusive sus competencias específicas en razón de la materia a una estructura intermunicipal (56).

Los últimos artículos relativos al gobierno municipal regulan cuestiones de orden político-electoral. La norma del artículo 242, dedicada a los derechos políticos, establece el sufragio activo para los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral y los extranjeros que lo están en el registro municipal. Estos últimos deben reunir determinados requisitos relativos a edad, lectura y escritura en el idioma nacional, ejercicio de actividad lícita y residencia inmediata de tres años en el municipio. Y además cumplir con alguna de las siguientes exigencias: ser contribuyente, tener cónyuge o hijos argentinos, u ocupar cargo directivo en asociación reconocida. En cuanto al sufragio pasivo -capacidad para ocupar cargos electivos- se requiere ser ciudadano mayor de edad que sepa leer y escribir en idioma nacional, vecino del municipio con dos años de residencia inmediata en él, y pagar impuestos o ejercer actividad lícita. La norma resulta generosa en cuanto al reconocimiento tanto del sufragio activo como pasivo, ya que extiende el primero a los extranjeros con razonables restricciones que permiten inferir que se trata de personas con arraigo en la comunidad municipal. Y en cuanto al sufragio pasivo también se trata de un reconocimiento generoso al reducir la exigencia etaria a la mayoría de edad, que como se sabe, actualmente es de dieciocho años, mas dicha edad que puede juzgarse temprana, se compensa con el arraigo evidenciado en la residencia en el municipio y el mayor compromiso con la comunidad y autonomía económica

reflejados en la condición de contribuyente y de ejercicio de actividad lícita.

El artículo 243 regula la intervención provincial a los municipios, réplica del artículo 6 del texto constitucional nacional. La norma provincial determina que la Provincia puede intervenir municipios por ley, la que requiere la aprobación de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, y en los supuestos de acefalía y cuando la prevea la ley orgánica o la carta orgánica municipal. Promulgada la ley, el Poder Ejecutivo designa un interventor, quien convoca a elecciones para completar el período interrumpido por la acefalía y sus facultades son exclusivamente administras, para garantizar los servicios públicos y hacer cumplir las ordenanzas vigentes. Se establece un plazo máximo de seis meses a las intervenciones. Este instituto es la contracara de la autonomía, ya que sea la provincia o un municipio, y aun en los casos en que la intervención resulta procedente, siempre para la comunidad intervenida se trata de una limitación a la autonomía. Pero es sabido que la intervención es un instituto de garantía federal dado que el artículo 6 de la Constitución Nacional debe entenderse en concordancia con el artículo 5 en cuanto en su parte final establece que cumplidas las condiciones que enumera, “...El Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. Y esto se refleja en las causas de intervención que enumera el artículo 6, por lo que la intervención federal tiene por objetivo conservar, defender o restaurar la integración de las provincias en la federación, que puede verse comprometida por dislocamientos o peligros que perturben o amenacen dicha integración (57).

Entiendo que, con las particularidades del caso ya que la integración de los municipios en el orden provincial no reúne las características de una federación, los mismos conceptos son aplicables a los fines de justificar la intervención provincial en los ayuntamientos. En cuanto al procedimiento se sigue la estructura de la intervención federal, esto es, que la intervención es sancionada por ley -en concordancia con el artículo 75, inciso 31 del texto nacional-, es más,

se exige una mayoría de sufragio calificada de los dos tercios, lo que tiende a evitar una intervención por razones político-partidarias. Es de hacer notar que no existe una norma análoga a la del artículo 99, inciso 20 del texto federal, que faculta al Presidente a decretar la intervención federal en caso de receso del Congreso. En tales casos entiendo que resultaría operativa la norma del artículo 155, inciso 10 de la Constitución Provincial, que faculta al Gobernador a convocar a sesiones extraordinarias a la Legislatura cuando graves asuntos de interés público lo requieren. En cuanto a las causales de la intervención, el texto constitucional prevé solamente el de acefalía, es decir cuando no existan autoridades, porque no están o porque no pueden, que se hagan cargo del gobierno del municipio. En ese supuesto el interventor sólo cuenta con facultades meramente administrativa y debe convocar a elecciones para completar el período interrumpido por la acefalía. Además, la intervención procede en los casos expresamente previstos por la ley orgánica municipal o la carta orgánica de la ciudad respectiva (58). Finalmente es de destacar como mérito de la norma la limitación temporal de la intervención a un plazo de seis meses, a fin de evitar las intervenciones sine die con el consiguiente avasallamiento de la autonomía comunal.

Para terminar, cabe hacer mención al artículo 244 que establece una serie de incompatibilidades para ciertos cargos municipales. Podría argumentarse, como hemos visto en anteriores normativas de la constitución provincial, que esta regulación importa una intromisión en la autorregulación municipal. Nuevamente aquí podría aducirse que existe un “conflicto” entre la autonomía comunal y la necesidad de preservar determinados principios que hacen al sistema republicano, ya que las incompatibilidades tienen como objetivo implementar la ética pública en el ejercicio de la función administrativa. Entre tales incompatibilidades, para el cargo de jefe de departamento se establece la de ejercer otro cargo público -excepto la docencia-; y se les permite ejercer oficio, profesión, comercio o industria siempre que en sus actividades no contrate con el municipio. Para los cargos electivos municipales, el listado de incompatibilidades comprende: estar a sueldo o recibir retribución de empresas que

contraten obras o suministros con los municipios o con cualquier otro organismo público que tenga relación con ellos; ejercer otra función pública electiva; tramitar o dirigir asuntos propios o de terceros ante los municipios, en los que pudieren estar comprendidos los intereses de estos últimos.

Es fácilmente perceptible que, con la incompatibilidad de estar a sueldo o recibir retribución de empresas contratistas o de otro organismo público relacionado con los municipios, lo que se intenta es evitar una confusión de intereses y que quienes ocupan estos cargos administrativos o electivos no puedan valerse de sus posiciones para obtener ventajas o beneficios particulares. Respecto de la incompatibilidad de ejercer otra función pública electiva, se pretende que quien tiene a su cargo el ejercicio de una función pública trascendente municipal, se dedique en forma íntegra a realizar la gestión que le fuera encomendada. Y respecto a la prohibición de tramitar o dirigir asuntos propios o ajenos ante el municipio, se busca evitar que quien ocupa el cargo comunal electivo utilice su capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros públicos o deciden asuntos de Estado (59). Por último cabe destacar que el artículo 245 dispone la pérdida inmediata del cargo como sanción a la inobservancia de la incompatibilidad dispuesta.

Bibliografía

- (1) Ver en Bidart Campos, Germán José: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, 1994, T° I, págs. 206/237.
- (2) Ver en Bidart Campos, op. cit., T° II, pág. 11.
- (3) Ver en Bidart Campos, op. cit., T° I, pág. 235.
- (4) Ver en Bidart Campos, op. cit., T° I, pág. 239.
- (5) Ver en Bidart Campos, op. cit., T° I, pág. 233.
- (6) Ver en Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, 1965, T° I, págs. 370/371).
- (7) Fallos 9:277.

- (8) Fallos 114:282.
- (9) Ver en Bidart Campos, op. cit., T° I, págs. 258/259.
- (10) Ver Sabsay, Daniel Alberto y Onaindia, José Miguel: “La Constitución de los Argentinos”, Ed. Errepar, 2009, págs. 33/34.
- (11) Ver en Marienhoff, Miguel S.: “La supuesta autonomía municipal”, La Ley del 17/04/90.
- (12) Fallos 312:326
- (13) Ver en Gelli, María Angélica: “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, d. La Ley, 2006, págs. 1019/1020.
- (14) Fallos 314:497.
- (15) Ver en Bidart Campos, op. cit., T° I, pág. 259.
- (16) Ver en Badeni, Gregorio: “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. La Ley, 2006, T° I, págs. 385/387.
- (17) Ver en Sabsay y Onaindia, op. cit., pág. 405.
- (18) Ver en Gelli, op. cit., págs. 1020/1021.
- (19) Ver en Quiroga Lavié, Humberto: “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Zavalía Editor, 2000, págs. 757/760.-
- (20) Ver en Rosatti, Horacio: “Tratado de Derecho Municipal”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, T° I, págs. 108/115.
- (21) Ver en Hernández, Antonio María: “El régimen municipal cordobés”, en Derecho Municipal (tercera parte), Revista de Derecho Público, 2005-2, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 50/51.-
- (22) C.S.J.N. 95 XXXIX (10-04-2003).-
- (23) C.S.J.N. 180 XXXIX (10-04-2003).
- (24) Ver en Hernández, op. cit., págs. 49/52.-
- (25) Ver en Heredia, José Raúl: “El régimen municipal en la provincia del Chubut”, en Revista de Derecho Público citada, pág. 269.-
- (26) Del convencional Zamit en el “Diario de Sesiones de la Comisión Redactora de la Honorable Convención Constituyente”, 5ta. Reunión, 25/10/57, p. 117, citado en Heredia, op. cit., pág. 270.
- (27) Ver en Heredia, op. cit., págs. 271/273.-
- (28) Ver en Bidart Campos, op. cit., T° I, pág. 235.
- (29) Ver en Heredia, op. cit., págs. 273/274.-
- (30) Ver en Heredia, op. cit., págs. 274/275.-

- (31) Ver en Heredia, op. cit., págs. 275/276 y 278.
- (32) Ver en Heredia, op. cit., pág. 276.-
- (33) Ver en Heredia: “La reforma en la Provincia del Chubut”, Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, 1995, pág. 348.
- (34) Ver cita doctrinal en Gerosa Lewis, Ricardo Tomás: “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut”, edición del autor, 2009, Tº II, pág. 335.-
- (35) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 336.-
- (36) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 352.-
- (37) Ver en Heredia, “El régimen municipal...”, pág. 279; y en Gerosa Lewis, op. cit., pág. 352.-
- (38) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 353.
- (39) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 353.-
- (40) STJCH, sentencia interlocutoria N° 08/2007.-
- (41) STJCH, sentencia definitiva N° 03/2008.-
- (42) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, págs. 353/354.
- (43) Ver en Heredia, “El régimen municipal...”, pág. 279.-
- (44) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 340.
- (45) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, págs. 350/351.
- (46) Ver en Heredia, “El régimen municipal...”, pág. 275.
- (47) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 365.-
- (48) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 368.-
- (49) Ver en Gelli, op. cit., pág. 649.
- (50) Ver en Gelli, op. cit., págs. 649/650.-
- (51) Ver en Gelli, op. cit., pág. 653.-
- (52) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 369.
- (53) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 370.-
- (54) Ver cita de Heredia en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 362.
- (55) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, págs. 360/361.
- (56) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., pág. 360.
- (57) Ver en Bidart Campos, op. cit., Tº I, pág. 265.-
- (58) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, pág. 372.
- (59) Ver en Gerosa Lewis, op. cit., ídem, págs. 373/374.

El Código Civil y Comercial y los principios constitucionales: su recepción

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: El Reporte N° 32 (mayo 2017), p. 19-33.
[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

1) El nuevo código y los principios y normas constitucionales como fuentes y criterios de interpretación del mismo. - 2) Los principios constitucionales y el ejercicio de los derechos en el código civil y comercial.- 3) Persona, propiedad y cuerpo humano

El nuevo Código Civil y Comercial argentino aprobado mediante la ley 26.994, sancionada el 1° de octubre de 2014, ha receptado el proceso de constitucionalización del derecho privado, lo que se plasma básicamente en el Título Preliminar. En esta monografía me propongo analizar el acogimiento de los principios constitucionales en el código en la primera parte de su articulado, en especial en cuanto se reconoce al principio de la autonomía personal.

1) El nuevo código y los principios y normas constitucionales como fuentes y criterios de interpretación del mismo.

Una primera y general lectura del nuevo código nos conduce a reconocer precozmente que los redactores del proyecto de código admiten la deuda de la deferencia expresa en la codificación del derecho privado hacia el derecho constitucional. Así en la presentación ante la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Ricardo

Lorenzetti destacó que el régimen del código es muy distinto al de cualquier ley porque hay que pensarlo con una expectativa de cien años, normalmente pretende tener una vocación prolongada en el tiempo. Dicha perspectiva, al decir de García Lema (1), ofrece un notorio paralelismo con la vigencia de la Constitución, en este sentido, para Alberdi las leyes civiles no eran sino leyes orgánicas de la Constitución, por lo que el código civil debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizan los derechos civiles concedidos a todos los habitantes por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20; una “constitución civil”, dado que abraza a toda la sociedad y fija los destinos de los habitantes en lo que tienen de más caro: la familia, la propiedad, la vida privada y sus libertades (1). Este reconocimiento del código civil como una ley reglamentaria de los derechos constitucionales importa, desde ya, una subordinación de aquél respecto de ésta y su interpretación de acuerdo a los principios y reglas constitucionales, básicamente los de la parte dogmática, ya que su función reglamentaria se refiere a los derechos contenidos en ella.

Con todo, esta idea de que el código civil resulta ser una “constitución civil” ya se había esbozado para el Código Napoleón, al que se consideraba “la constitución civil de los franceses”, lo que importaba que todo el derecho civil estaba contenido en el código. Pero justamente este concepto fue esbozado a fin de argumentar una idea contraria a la anteriormente expuesta, esto es, para defender la “autonomía” del código respecto del derecho constitucional. En nuestro país, esto tuvo su reflejo en el ámbito educativo y académico, dado que más que enseñar derecho civil se consideraba que había que enseñar el código civil, las primeras obras de derecho civil fueron “códigos civiles anotados”, y las sentencias se fundaban necesariamente en el Código Civil, virtualmente no existían sentencias de los tribunales civiles nacionales o provinciales dictadas desde la sanción del código que citaran otra fuente, ni aun la Constitución Nacional. Y en ratificación de lo expuesto, Böhmer (2) señala que en la nota de elevación de reformas de 1968, su autor, Guillermo Borda, decía que a riesgo de ser considerado herético estaba “tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia

Constitución Nacional” porque “ ella está más alejada de la vida cotidiana del hombre” que éste, el cual, en cambio, “ lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad” (3). Esta consideración no hace más que confirmar la superada idea de la constitución como una mera declaración de principios, carente de normas operativas, lo que se avenía perfectamente a la situación planteada por la reforma del código de 1968, dado que fue llevada a cabo por un gobierno de facto.

No obstante ello la superación del divorcio entre el derecho constitucional y el privado, ya había comenzado a manifestarse en la jurisprudencia. Lo concreto al respecto es que la Corte validó limitaciones significativas a la libertad de contratar establecida en el Código Civil, y lo hizo con fundamento exclusivo en su interpretación de cláusulas constitucionales, para lo cual invocó precedentes del derecho norteamericano y no de los ancestros franceses o romanos de nuestro derecho privado -pensemos en Ercolano, Horta, Avico, Cine Callao- ; y en particular, a partir de 1983, con el reconocimiento de la constitución como fuente de derecho privado y de la inserción de Argentina en el mapa del derecho supranacional de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Suprema asumió un liderazgo absoluto -pensemos en Sejean (4).

Con el expreso propósito de abandonar este divorcio entre el orden constitucional y el derecho privado, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial asumió el pensamiento de la constitución y de la codificación del derecho privado centrado en el largo plazo, expresando que el anteproyecto toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad, así como establece una comunidad de principios entre la constitución, el derecho público y el derecho privado. Dicha asunción implicó asimismo el reconocimiento de la separación histórica entre estas dos ramas del derecho, a pesar de que esta visión separatista estuvo alejada del pensamiento originario que inspirara a la constitución de 1853/60.

Es que, como se dijera en el párrafo precedente, Alberdi siempre sostuvo la primacía y convergencia de fines y normas de la constitución con los de los códigos civil y comercial, en tanto vinculaba la lucha contra el desierto, la inmigración, los ferrocarriles, las libertades de culto, de comercio, de navegación interior, la supresión de las aduanas interiores; con la concesión de derechos civiles al extranjero de modo similar al nacional; considerando a la legislación civil y comercial uniforme para todo el país como medios, llamando a estos medios garantías públicas de progreso y engrandecimiento (5).

En línea con el pensamiento alberdiano, el proyecto de código civil y comercial se propuso que las finalidades principales de la reforma constitucional de 1994 se concreten en normas reglamentarias para su aplicación en materia civil y comercial, siguiendo el antecedente de la Constitución de 1853/60. Sus autores explicitan la intención de lograr un “Código de los derechos individuales y colectivos” porque sostienen que en “su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. Esta correlación entre las normas constitucionales y las civiles y comerciales se expresa en los tres primeros artículos del nuevo código. El artículo 1, versa sobre las fuentes y aplicación del código, estableciendo:

“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Por su parte, el artículo 2 que trata de la interpretación dispone: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Finalmente el artículo 3 reza: “El juez debe resolver

los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

García Lema advierte como relevante que mientras en el código de Vélez el Título I de los Títulos Preliminares se denomina “ De las leyes”, el Capítulo 1 del Título Preliminar del nuevo código se titula “ Derecho”, distinguiendo este concepto del de “ Leyes” que sirve de denominación al Capítulo 2 del mismo Título Preliminar. Destaca que el concepto de “Derecho” es más amplio que el de “ley”, y que se halla conectado con la moral, tratándose de una distinción que tiene que ver con el papel más relevante que cabe a los jueces en la organización institucional del Estado. Cita a Borda al señalar que los jueces deben tomar en consideración la justicia o injusticia de la ley, lo cual importa uno de los fines del Preámbulo de la Constitución” afianzar la justicia” - que confiere contenido moral a todo el ordenamiento legal. Lo propio hace con Mosset Iturraspe y Lorenzetti para resaltar que el “Derecho” no puede ser examinado con independencia de los valores y que las fuentes a través de las cuales ingresan los valores son la Constitución, los tratados, las leyes y las costumbres y aun la jurisprudencia (6). Por su parte Vigo entiende como un acierto la distinción entre derecho y ley frente a la estructura originaria del código de Vélez que los asimilaba, considerando que el desafío para la teoría jurídica y los juristas es controlar sustancialmente a toda ley más allá de las formas, para de ese modo constatar racionalmente si ella ha logrado emerger o no del Derecho, dado que frente a esa contradicción sólo corresponde hacer prevalecer el Derecho y declarar inválida a la ley (7). Como se aprecia, esta última idea equipara el concepto de “derecho” al de orden jurídico constitucional, y como tal cumple el rol de pauta validante o no de la ley como norma infraconstitucional.

Es claro que en el artículo 1, los nuevos codificadores han querido dejar claramente explicitada la subordinación de las leyes -y del código en particular- a las normas de jerarquía superior - constitución y tratados internacionales-. En cuanto a la finalidad de la norma, los usos y costumbres y la jurisprudencia -si bien esta última

no fue finalmente incluida en el articulado- aparecen como criterios de interpretación y aplicación de las leyes pero obviamente no con mayor jerarquía normativa. El artículo 2 que trata específicamente de la interpretación, es lógico que comience por aludir a la interpretación literal y teleológica de la ley a aplicar, pase luego a las leyes análogas y a los tratados, para finalmente “elevarse” -si se me permite el término- a estándares más abstractos e indeterminados como los principios y valores jurídicos, y al indicarse que dicha interpretación debe ser de modo coherente con todo el ordenamiento, deviene insoslayable considerar que tales principios y valores son los constitucionales. De allí que, de acuerdo a Bouzat (8), cabe considerar a los valores y principios de la democracia constitucional -entre los que cabe señalar el papel prevalente de la autonomía personal del artículo 19- como un estándar último y más abstracto de interpretación a la luz del cual corresponde “calibrar” los demás criterios interpretativos más concretos y más próximos en su reconocimiento. En cuanto al artículo 3, se ha entendido que el mismo no sólo alude a las reglas procesales que rigen los contenidos de las sentencias -por ejemplo, el principio de congruencia-, ni viene a receptor únicamente distintos parámetros de la jurisprudencia de la Corte Suprema aceptados para juzgar a las sentencias como “arbitrarias”, sino que implica subordinar el código a los principios jurídicos y valores que se asientan en la constitución y en los tratados por tratarse de normas de jerarquía superior (9). Más allá de lo correcto de la reflexión mencionada, y en concordancia con la misma, agregaría que el artículo 3, al disponer que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada, implica la recepción en el código del principio de razonabilidad consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional, y por ende impone a los jueces examinar que la reglamentación que a través de las leyes -entre ellas el código- se efectúa de los derechos, no “altere” su esencia o no afecte su núcleo básico, lo cual supone una labor de ponderación cuya dificultad aumenta en el caso de conflictos entre derechos constitucionales en las relaciones privadas. Y es en este tipo de conflictos en los cuales el principio de autonomía personal viene a operar de pauta sustantiva que permite “medir” cuánto se puede limitar el ejercicio de los derechos en aras de la razonabilidad. Entre los ejemplos de conflictos

de derechos aludidos, en materia de responsabilidad civil, puede mencionarse los conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor o a la intimidad; derecho a demandar judicialmente y derecho al honor; libertad de contratar y derecho a la igualdad o derecho a la dignidad; libertad de asociación y derecho a la igualdad; entre otros.

Como se dijera más arriba se ha visto como positiva la distinción entre “derecho” y “ley” que se recepta en el Título Preliminar del nuevo código. En ese sentido se ha entendido que los jueces no están propiamente para ejecutar la ley, ni incluso para la paz social, sino para decir el derecho en cada caso, sin perjuicio de reconocer que desde la justicia se construye la paz; sin embargo se ha prevenido que dicha responsabilidad en manos de los jueces reclama una muy clara y sólida preparación científica, prudencia y ética, dado el riesgo de que la discrecionalidad degenera en arbitrariedad y que el derecho se reduzca a la jurisprudencia. De allí que se refuerce la idea de que los casos deben ser resueltos en primer lugar conforme a la ley, ya que de lo contrario aparecen sentencias que no la aplican o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, se trata de una deducción.

Pero esto resulta acertado para los llamados “casos fáciles”, que son instancias individuales de los genéricos previstos en la ley, cuando en realidad, los llamados “casos difíciles” pueden ser frecuentes, donde es posible arbitrar más de una solución razonable en el derecho vigente y válido (10.)

A pesar del comentario laudatorio para los codificadores por la distinción entre el “derecho” y la “ley”, se ha criticado que dicha distinción no aparezca reflejada en el articulado, dado que en los dos primeros artículos se habla sólo de la ley y de su interpretación, y las fuentes mencionadas en el artículo 1 lo son en relación con la interpretación. De allí que se objeta que el capítulo dedicado al “derecho” termina hablando sólo de la ley. A ello se critica que el listado de fuentes de este artículo 1 menciona a la constitución, los

tratados y los usos y costumbres, pero siempre en conexión con la “interpretación” ; el artículo 2 se refiere expresamente a la interpretación de la ley, y el artículo 3 aporta mayor ambigüedad al referirse a una decisión “razonablemente fundada” (11). Vigo señala como un déficit que el artículo 2 caiga en el juridicismo, ya que sólo habla de Derecho, esto es, de las palabras, finalidades, leyes análogas, derechos humanos, principios y valores y coherencia con el ordenamiento, pero se ignora a los casos. A tal fin reclama que se resuelvan los casos ajustando la respuesta a sus particularidades, o sea resolviendo por medio de la equidad, considerando que el silencio respecto de la equidad supone un alejamiento de un recurso conceptual fuertemente consolidado y de una enorme tradición que viene del Derecho Romano (12). Encuentro que esta referencia a la equidad, entendida como la “justicia del caso particular”, es en cierta medida artificial o sobreabundante, ya que se supone que los jueces subsumirán el caso particular a la norma, principio o al estándar jurídico general a aplicar, y en ese supuesto se atenderán las cuestiones específicas del caso. Pero además de ello, el concepto de “equidad” o “justicia del caso particular” resulta de por sí ambiguo e indeterminado, por lo que en todo caso aparece suficientemente comprendido en el artículo 3 al disponerse la resolución razonablemente fundada de los casos. Y si se pretende sugerir que la razonabilidad también es un concepto indeterminado, por lo menos tiene un anclaje en el artículo 28 de la constitución, que remite a conceptos sustantivos como los derechos y principios constitucionales, dentro de los cuales resulta prevalente el de la autonomía personal, consagrado en el artículo 19 de la carta magna.

2) Los principios constitucionales y el ejercicio de los derechos en el código civil y comercial

El capítulo 3 del Título Preliminar se refiere al “Ejercicio de los derechos”, lo que presenta interés en tanto se intente encontrar un punto de certeza en el conflicto de derechos en las relaciones de derecho privado a partir de un principio de carácter sustantivo como lo es el de la autonomía personal. En ese derrotero diversos autores

entienden que los derechos constitucionales se aplican indirectamente a las relaciones de derecho privado a través de institutos como los de buena fe, el orden público, las buenas costumbres, o el abuso del derecho. Sin embargo tales nociones, institutos o principios que el derecho privado positivo suele aceptar legislativamente no se muestran idóneos para resolver los conflictos de derechos constitucionales en las relaciones de derecho privado, ya que si son tales derechos los que suministran el contenido de tales institutos, los mentados conceptos no se presentan como criterios sustantivos que permitan orientar la prevalencia de tal o cual derecho en el conflicto.

Aclarado lo expuesto, más allá de que encuentro legislativamente correcto la inclusión de tales institutos como pautas de orientación en el ejercicio de los derechos en el nuevo código, debe tenerse presente las limitaciones de los mismos para dirimir los conflictos de derechos en las relaciones de derecho privado. Los textos normativos en cuestión son los siguientes: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe” (artículo 9); “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización” (artículo 10); “Lo dispuesto en los arts. 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales” (artículo 11); “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir” (artículo 12); “Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser

renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba” (artículo 13); “En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” (artículo 14).

Con relación a las normas transcriptas, García Lema ha sostenido que se trata de límites que enmarcan la autonomía de la voluntad, destacando entre las mismas al “orden público”, concepto que se extiende en el artículo 12 al “fraude a la ley” cuando se invoque el amparo de un texto legal para perseguir un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa, debiéndose aplicar esta última (13). En cuanto a la buena fe en particular, además de su mención en el artículo 9, el 729 dispone que “Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe”; así como el 961 reza: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. Las tres normas (arts. 9, 729 y 961) reconocen como norma de concordancia en el Código de Vélez al artículo 1198, cuyo primer párrafo consta de un texto análogo al del 961 del nuevo código. La buena fe es conceptualizada como un principio general del derecho que sirve para la interpretación y a la vez a la integración del derecho. Se ha considerado que, respecto de la integración, tiene un doble rol, ya que actúa como “interpretación integradora” en cuanto colma lagunas de la voluntad de los contratantes sobre la base de inferencias de lo que presumiblemente hubiera sido esa voluntad si hubiese sido declarada y, además introduce efectos contractuales no previstos por las partes. En concreto en materia contractual se ha sostenido que la autonomía de las partes sirve como fundamento a todo el derecho contractual, pero ese principio debe armonizarse con el de equivalencia de prestaciones y de buena fe o confianza (14).

De acuerdo a este rol integrador, la eficacia de principios como el de buena fe aparece constreñida a los supuestos de “lagunas” como lo prevé el artículo 16 del Código de Vélez, con lo cual resultaría inaplicable al mundo de los contratos en el cual la autonomía de la voluntad reina de manera soberana; en esa inteligencia la buena fe no manda otra cosa que el respeto a la palabra empeñada, a la letra y al espíritu o intención. Pero también, se sostiene que la buena fe tiene mucho que ver con los fines -de la norma y del contrato-, con las circunstancias históricas que rodearon la celebración y el cumplimiento del negocio y, por fin, con las particularidades de persona, tiempo y lugar. En cuanto a lo que “las partes entendieron o pudieron entender”, importa que los celebrantes, obrando sin culpa (concepto negativo) o sea “con cuidado y previsión” y, a la vez de buena fe (concepto positivo) o sea con lealtad y probidad, asumen los deberes y adquieren los derechos que se mencionan en el contrato y a la vez los que imponen los usos y las circunstancias de la relación o situación jurídica. Aquí confluyen la buena fe-lealtad con la buena fe-creencia, la objetiva con la subjetiva, porque además de lo que los celebrantes entendieron, lo cual resalta lo subjetivo, se remarca la medida objetiva como estándar medio a la que alude la norma con la expresión “pudieron entender”. A diferencia del obrar sin culpa, diligente, prudente y experto, la buena fe, impone, partiendo justamente de ese obrar sin culpa, ciertos deberes concretos cuya catalogación supone una situación o relación determinada, por lo que la buena fe es un plus, algo más que un actuar sin culpa (15).

Con relación a la función de la buena fe en el campo de la responsabilidad contractual, esto es a lo normado en los artículos 729 y 961 del nuevo código, cabe recordar que se trata de un concepto que podemos enraizar en el principio de autonomía personal. En efecto se hace mención a la buena fe contractual en su relación a la frustración del contrato, en cuanto éste sufre modificaciones sustanciales en virtud de circunstancias sobrevinientes, lo cual lleva a indagar qué es lo que las partes “verosíblemente pudieron entender”, lo cual importa una pauta o criterio de interpretación objetivo, y no subjetivo como sería lo que las partes “efectivamente entendieron” (16). Y este

recurso a criterios objetivos ante la disparidad de las representaciones subjetivas de los co-contratantes importa la mejor respuesta a una igual consideración y respeto en términos de Dworkin (17). Sin perjuicio de lo anterior, es de recordar que Fried es crítico de una noción de buena fe contractual fundada en lazos de comunidad entre las partes que generen imperativos morales, derivada del altruismo. Para este autor (18), la buena fe significa básicamente honestidad de hecho, virtud asociada con el individualismo y el principio de autonomía, dado que si una persona está bien informada y goza con seguridad de sus derechos, cualquiera de las disposiciones que elija merece ser respetada, lo que remite al principio de dignidad de la persona formulado por Nino (19). La honestidad asegura que un co-contratante no engañará para beneficiarse de la decisión mal informada, así como que una vez cerrados los acuerdos serán respetados. Por último cabe agregar, siempre recordando los conceptos de Fried, que el deber de ejecutar los contratos de acuerdo a la buena fe, no contradice la naturaleza autónoma de la obligación contractual, dado que una interpretación razonable del acuerdo de las partes, de sus intenciones originales y del contexto de las prácticas usuales para este tipo de transacciones, resulta una solución satisfactoria en los casos de cumplimiento contractual, en tanto las promesas se efectúan en un trasfondo de propósitos y experiencias compartidas, sin el cual la comunicación sería imposible (20). Esta noción de buena fe contractual, lejos de resultar incompatible con el principio de autonomía personal, importa respetar la persona del co-contratante, tomar en serio su voluntad libremente informada y sus derechos.

El artículo 10 del nuevo código se corresponde con el artículo 1071 del Código de Vélez. Esta norma resulta relevante por la significación y las limitaciones de la eximente de responsabilidad del ejercicio regular de un derecho, ya que en el caso de conflictos de derechos resulta difícil establecer cuándo el ejercicio de los mismos deja de ser regular para pasar a ser abusivo o para decirlo más concretamente “irregular”. Descartadas por su imprecisión y vaguedad las propuestas de armonización de los derechos, he de sostener que el

derecho prevalente será el que “en el caso” satisfaga de manera más plena las exigencias del principio de autonomía personal. Resulta pertinente recordar en este punto que el principio de razonabilidad que muchas veces se utiliza como pauta de armonización de los derechos, en tanto establece que debe respetarse el núcleo esencial o el “peso mínimo” de los mismos, no resulta eficaz para decidir los conflictos más difíciles, en los cuales el ejercicio de un derecho necesariamente importa la supresión o desconocimiento del otro. Se puede citar aquí el ejemplo del ejercicio de la legítima defensa, o para no caer en casos tan dramáticos, los que se presentan entre la libertad de expresión y el derecho al honor de ciertas personas públicas, o la libertad de contratar empleados y el derecho a la igualdad en el acceso al empleo. En síntesis, los ejemplos brindados nos muestran que, al igual que acontecía con el artículo 1071 del Código de Vélez, la fórmula de “ejercicio regular de un derecho” contenida en el artículo 10 del nuevo código resulta estéril en muchos casos de conflictos de derechos.

La norma, en su segundo párrafo, define el ejercicio abusivo de los derechos, al igual que el citado artículo 1071, mas se sigue remitiendo su configuración a conceptos que necesitan de los derechos para la concreción de su contenido, como el caso de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sobre la primera me explayé en los párrafos precedentes. Y en cuanto a la moral y las buenas costumbres cabe destacar que, al igual que para la buena fe, justamente son los derechos constitucionales los que dan contenido a las mismas, en cuanto cláusulas del derecho privado que pretenden ser utilizadas para brindar certeza a la solución en los conflictos en las relaciones entre particulares. Mosset Iturraspe destaca que la consagración del “abuso del derecho” como actividad antijurídica conduce a resaltar el deber de “moralizar el derecho” a cargo de los jueces, valorar en todo lo que sea posible, la conducta moral de cada persona en la sociedad. De este modo, la vida social quedará basada “no en la pretendida seguridad resultante de unas reglas mecánicas y abstractas sino en la seguridad que nace de una conducta moral normal, procurada y amparada por el aparato coactivo del Estado (21). Desde ya que no

juzgo incorrectas estas consideraciones, sino que, nuevamente, se presenta una circularidad conceptual en cuanto se ancla la idea de abuso de derecho, y por ende de antijuridicidad, en conceptos indeterminados en tanto se trata de cláusulas continentales que necesitan ser “llenadas” con la sustantividad que, a mi juicio, sólo se encuentra en el contenido o idea de los derechos constitucionales.

En cambio el concepto del ejercicio abusivo de los derechos como contrario a los fines del ordenamiento jurídico sí resulta muy rico a los efectos de lo que pretendo argumentar. Esta idea de los fines del ordenamiento jurídico, a juicio de Mosset Iturraspe, se vincula a la antijuridicidad material como opuesta a la antijuridicidad formal. Esta última parte del principio de que una acción es antijurídica sólo y porque es contraria a una prohibición jurídica de hacer u omitir. Por su parte la antijuridicidad material sostiene que la acción es antijurídica no por contrariar una prohibición sino porque tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria al Derecho. Esta “materia” no está fuera del Derecho, no es extranormativa, sino dentro del mismo, inspirando y fundando la preceptiva de mayor jerarquía: la imperativa. Son las prohibiciones que surgen por implicancia, desprendidas de los principios que sostienen el orden público -político, económico y social- y la moral social o buenas costumbres. Es así que receptada esta especie de antijuridicidad resulta fácil superar una aparente contradicción, en cuanto se puede respetar la letra de la ley y violar su espíritu, se puede actuar dentro de los límites objetivos y de la propia prerrogativa y, a la vez, contrariar los fines que la ley tuvo en miras al reconocerla, lo que importa el ejercicio abusivo (22).

Nuevamente esta idea se presenta circular, en tanto se hace descansar la “antijuridicidad material” en conceptos como el orden público -en el que me detendré más adelante-, la moral social o las buenas costumbres, los cuales, según he intentado mostrar, no son de entidad sustantiva, ya que necesitan que su contenido sea definido o completado con el de los derechos constitucionales. El civilista santafecino continúa desarrollando la idea del finalismo jurídico,

explicando que las instituciones jurídicas formadas por normas, regidas y gobernadas por normas, tienden a organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida. El Derecho, así, no puede desligarse del sentido político, “ya que cada norma supone la elección de un fin y la de unos medios para conseguirlo. No es posible desconocer los fines de las instituciones y de las normas, ya que son el “tejido conjuntivo”, por lo que su ignorancia debe merecer el mismo tratamiento que la ignorancia de las leyes (23). Comparto lo expuesto por el civilista mencionado, con la aclaración de que dado que las instituciones jurídicas tienden a organizar la vida en comunidad conforme a un ideal de vida, previamente debe definirse este ideal. Y desde la óptica de la democracia deliberativa ha de argumentarse que, tanto los estándares normativos del derecho público como los del derecho privado, reconocen como principio prevalente el de la autonomía personal, lo que otorga contenido sustantivo a los fines del ordenamiento jurídico, en un nivel más elevado, en el sentido de más “sustantivo” que los criterios de orden público, buena fe, moral y buenas costumbres, que en sí resultan insuficientes para “modelar” dichos fines.

El artículo 11 del Código Civil y Comercial refiere a los dos artículos anteriores, estableciendo que lo dispuesto en ellos se aplica cuando se abusa de una posición dominante en el mercado. Bien se ha dicho que en esta norma se prevé una variante del “abuso del derecho”, en la cual el abuso aparece ligado indisolublemente a la normativa dictada para reprimir las prácticas limitativas de la competencia. En ese sentido este tipo particular de abuso aparece sancionado en la ley 22.262 de Defensa de la Competencia por lo que se configura como una ilicitud específica, mientras que el abuso del derecho implica una contradicción con los fines del ordenamiento. Asimismo se destaca que el abuso afecta, en principio, un interés privado, en cambio el abuso de posición dominante afecta un interés público, de carácter general. Y como última distinción se sostiene que el abuso del derecho presupone un daño actual y cierto, en tanto que el referido a una posición dominante no requiere que el daño se haya producido, bastando con la lesión potencial razonablemente previsible

del bien jurídico tutelado (24).

Como se puede apreciar, el abuso de posición dominante es conceptualizado como una “especie” dentro del “género” abuso del derecho, por lo cual lo referido a este último en cuanto cláusula general del derecho privado que requiere de los derechos constitucionales para obtener “sustantividad” resulta válido. Con todo, el abuso de posición dominante prefigura una situación que se presenta en un ámbito específico de las relaciones del derecho privado, que es el ámbito comercial, más específicamente el mercado. Es así que adquiere su ámbito primordial de aplicación en el derecho contractual, y en ese sentido, la sanción como conducta antijurídica del abuso de posición dominante, lejos de contrariar el principio de la autonomía personal, viene a reafirmarlo. Es que ya hemos dicho, con apoyo en la obra de Fried (25), que la idea del contrato como promesa importa igualdad entre las partes contratantes, libertad de información, actuación de manera leal, en suma igual consideración y respeto en la negociación, celebración y ejecución del contrato, todo lo cual rechaza la idea de que una de las partes aproveche una situación de superioridad para obtener ventajas a costa de la otra. Es de hacer notar que la idea de abuso de posición dominante se vincula con la defensa de la libre competencia, expresión genuina de la autonomía personal en el ámbito del mercado, que no resulta incompatible con la legislación inspirada en un paternalismo legítimo, dado que este último siempre debe encontrar su justificación en la preservación y en el incremento de la autonomía.

El artículo 12 refiere que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público, y que el acto por el cual se invoque el amparo legal y persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa debe ser considerado como otorgado en fraude a la ley y someterse a la norma imperativa que intenta eludir. Esta norma presenta concordancia con el artículo 21 del Código de Vélez cuyo texto dice: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las

buenas costumbres”. La clave en estas normas radica en desentrañar qué se entiende con el concepto de “orden público”, el cual, al igual que buena fe, moral y buenas costumbres, se presenta como una cláusula cuyo contenido debe precisarse, habiendo ya abogado por la necesaria remisión a los derechos constitucionales a fin de construir ese contenido.

García Lema entiende que en, esta materia, no cabe ignorar el significado que tiene el artículo 27 de la Constitución Nacional según cuyo tenor el gobierno federal -y por ende el Congreso- está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Considera que en la mejor interpretación de esa norma, tales “principios de derecho público” aluden a los emergentes de la totalidad de los artículos de la constitución. Allí reside, según este autor, la fuente constitucional que enmarca la noción de “orden público” y que en especie se aplica a los casos de derecho internacional privado (26). Sin pretender “redefinir” el concepto de orden público, en diversos precedentes judiciales extranjeros se rechazaron o invalidaron contratos o cláusulas contractuales con el argumento del orden público, pero en realidad lo que se hizo prevalecer fue ciertos derechos, como el de igualdad o dignidad, frente al de libertad contractual (27). Nuevamente se presenta un concepto como limitante de la autonomía de la voluntad, debiéndose tener el debido cuidado de no recortar esta última con objetivos comunitarios o sociales implicados en un “orden público” cuyo contenido se presente alejado de los derechos constitucionales y en especial del principio de autonomía personal.

El artículo 13 del nuevo código prohíbe la renuncia general de las leyes, así como permite renunciar a sus efectos en el caso particular excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba. La norma concordante en el código de Vélez, el artículo 19, disponía: “La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno, pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al

interés individual y que no esté prohibida su renuncia”.

Considero que ambas normas expresan de manera cabal el principio de la autonomía personal, ya que se permite renunciar en el caso particular a la protección legal de los derechos propios, pero la renuncia general aparece, en principio, como contraria a la autonomía, ya que importaría una “ alienación” de los propios derechos de manera rotunda y sin previsión, lo que impediría a quien renuncia decidir el control del curso de su vida, en definitiva la proyección autónoma de su plan de vida, núcleo esencial del principio de la autonomía - pensemos en contratos que imponen cláusulas de no competencia o de confidencialidad lo cual resulta razonable, en contraposición a otros que imponen determinadas condiciones que comprometen la autonomía, vinculadas al estado civil o a ser padre o madre-. Si bien se sostiene que en sustancia la nueva norma no altera el contenido de la anterior, encuentro más acertado el texto de esta última, al hacer una expresa referencia a la renuncia de los derechos propios. La salvedad que debería efectuarse se relaciona siempre con las normas sancionadas con justificación en un paternalismo legítimo - como las laborales, de defensa del consumidor- que impide renunciar a determinados derechos por presumir la situación de inferioridad o debilidad de negociación de la parte renunciante. Asimismo el nuevo texto, al remitir al ordenamiento jurídico en la alusión a la prohibición de la renuncia, más allá de la vaguedad del término, está comprendiendo obviamente a las normas constitucionales y con ello se puede advertir una referencia indirecta al principio de autonomía.

Finalmente, en lo que se refiere a este capítulo del nuevo código, el artículo 14, luego de indicar que se reconocen derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, lo cual de por sí es revelador de la recepción de la normativa constitucional en un código de derecho privado, en su último párrafo dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. La redacción de este último párrafo presenta, en primer lugar, cierta redundancia al establecer que no se ampara el ejercicio abusivo de los

derechos individuales cuando afecten otros tipos de derechos cuando en realidad al ser un ejercicio abusivo el mismo ya deja de tener el amparo de la ley por la norma más general del artículo 10. Es así que con este artículo se ha querido ejemplificar un determinado tipo de ejercicio abusivo de los derechos individuales. En cuanto a la afectación que este ejercicio puede acarrear a los derechos al medio ambiente y a otros de incidencia colectiva, ya que aquéllos integran esta última categoría, debe recordarse que los límites del derecho de propiedad deben resultar compatibles con el principio de autonomía personal y no basarse en objetivos políticos generales y de carácter comunitario. En ese sentido es de señalar que las limitaciones al derecho de propiedad deben hallar justificación en el propio beneficio que el titular de ese derecho pueda obtener de la restricción, en este caso de los derechos de incidencia colectiva. Bajo dicho marco de referencia, el supuesto de que la limitación viene dada por “derechos” -de incidencia colectiva- y no por meros objetivos políticos o colectivos, importa ya un resguardo en el sentido de que el titular del derecho individual limitado forma parte del grupo titular del derecho de incidencia colectiva, lo que se aprecia claramente en el medio ambiente como bien tutelado -comprensivo del patrimonio natural y cultural colectivo-. Es obvio que esta restricción se justifica aunque el titular del derecho individual no se “perciba” -subjektivamente- como cotitular del bien colectivo protegido, dado que dicha “cotitularidad” es de orden objetivo. Y nuevamente la mentada objetividad estará en función de diversos factores, dentro de los cuales resultará relevante si dicho bien colectivo resulta útil para que los miembros del colectivo puedan desarrollar su autonomía. Habrá casos dudosos, pero en la medida que tales bienes colectivos sean beneficiosos para la salud, la memoria colectiva, el enriquecimiento y diversidad cultural, es factible aprobar su positividad desde el principio de la autonomía personal de los miembros del grupo. Baste recordar aquí algunos antecedentes de la Corte que recortan la propiedad o libertad de contratar, como “Saladeristas”, o los generados por la crisis económica conocida como “corralito”, como “Massa” y “Bustos”.

3) Persona, propiedad y cuerpo humano

Encuentro atinente dedicar unas escuetas reflexiones al capítulo 4 del Título Preliminar en lo que resulte pertinente para este trabajo. El artículo 15 dispone que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en el código. Desde la perspectiva del derecho constitucional, se trata de una norma que reconoce o ratifica en el derecho privado el derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional. El artículo 16 explica que los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico, dentro de los cuales, aquéllos que son materiales se denominan cosas, cuyo régimen resulta aplicable a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. El texto de esta norma concuerda con los de los artículos 2311 y 2312 del anterior código que se ocupaban de definir los conceptos de “cosas”, “bienes” y “patrimonio”. Es de destacar que al considerarse bienes que integran el patrimonio de una persona sólo a aquéllos susceptibles de valor económico se está considerando el concepto constitucional de “propiedad” tal como fue diseñado por la Corte Suprema. Así se ha entendido que el término “propiedad” empleado en la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad (28).

El artículo 17 establece: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. Lo establecido en esta norma se encuentra en línea con el texto del anterior artículo, y por ende con el concepto constitucional de propiedad al que se aludiera. Es que si consideramos que el cuerpo humano hace al propio

sujeto y a su vida, se trata de un bien que no es susceptible de valor económico y por ende no resulta comprendido bajo el concepto de propiedad. Evidentemente esta norma es hija del concepto de dignidad como restricción, en cuanto se excluye del concepto de derechos disponibles a determinados bienes como el cuerpo humano, y para ser compatible con el principio de la autonomía personal, la dignidad restricción sólo puede ser justificada desde la perspectiva del paternalismo legítimo y no del perfeccionismo. Es así que cabría justificar la norma del artículo 17 del nuevo código desde una posición jurídica que presume que quien “dispone” de su cuerpo se encuentra en una situación de inferioridad o debilidad moral o socioeconómica tal, que no se encuentra en condiciones de ejercer su autonomía personal y, en consecuencia, de decidir autónomamente el diseño de su plan de vida. Se podría objetar que dada una interpretación amplia del concepto de cuerpo humano, la norma prohibiría el ejercicio de la prostitución de manera independiente, ejercicio que podría ser defendido desde una postura deferente a la prevalencia del principio de autonomía personal y la prohibición importaría asumir una postura “perfeccionista” que nuestra constitución no admite. Otro ejemplo conflictivo es el precedente francés citado del “lanzamiento del enano” (29), dado que podría decirse que la persona “enana” se ve compelida a ejercer dicha actividad -en la cual pone en riesgo su vida- por la falta de otras oportunidades laborales debido a su singularidad física. Sin embargo también podría considerarse que en muchos trabajos se pone en riesgo la integridad psicofísica de manera, quizás, mayor a la del caso comentado, a cambio de una mayor paga, y ello es socialmente aceptado. No obstante ello el verdadero fin de la prohibición de dicha actividad no se fundamenta en el riesgo de la misma, sino en el “escarnio” que produce que el público se ría de dicha situación. En ese caso habría que preguntarse si con ese mismo argumento no habría que prohibir espectáculos o películas donde los personajes representados por dichas personas aluden a situaciones grotescas o de comicidad. No debe olvidarse que en el precedente francés aludido, era la persona “enana” quien cuestionó la legislación que prohibía la actividad, alegando que se le impedía desempeñar el empleo que había escogido libremente.

El último artículo del capítulo que se está examinando, el 18, recepta el reconocimiento constitucional a la diversidad e igualdad cultural consagrado en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional. En efecto, el referido artículo 18 establece: “ Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”. Como se aprecia, se trata de la concreción en el derecho civil de la titularidad comunitaria del derecho real de dominio por parte de las comunidades aborígenes respectivas sobre determinadas tierras, de acuerdo a la norma constitucional referida. Una consideración simplista y extremadamente individualista de la autonomía personal podría llegar a confrontar la norma en cuanto se da prevalencia a lo comunitario frente a lo personal, en cuyo caso también resultaría objetable el propio artículo 75, inciso 17 de la constitución, fuente del 18 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, debe partirse de la premisa de que nadie puede ser obligado a integrar o pertenecer a la comunidad aborígen, ni a ninguna otra, contra su voluntad. Pero amén de ello es de señalar que el reconocimiento de la propiedad comunitaria, así como el reconocimiento previo de las comunidades aborígenes como sujetos de derecho, está en función de la identificación y sentido de pertenencia de sus miembros para con la misma, y en ese sentido resulta enriquecedor de la autonomía personal de los mismos. Para finalizar he de destacar que la norma no sólo se refiere a las tierras tradicionalmente ocupadas por la comunidad, sino que también se extiende a otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, concepto este último que no puede ser desvinculado de la libre elección del proyecto o plan de vida, y como tal de la autonomía personal de los miembros singulares de la comunidad.

Por último es de destacar la relevancia del Capítulo 3 del Título I del Libro I del nuevo código en cuanto a la recepción del proceso de constitucionalización del derecho privado. El mismo está ubicado en el título relativo a la “Persona Humana”, perteneciente a su vez al Libro I de “Parte General”. Este capítulo es titulado “Derechos

y actos personalísimos” y consagra la recepción en el código de determinados derechos constitucionales. El artículo 51 dispone que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. La terminología es elocuente en recoger el ideario liberal igualitario, ya que hace referencia concreta a la inviolabilidad de la persona, principio considerado fundamental por Nino, el cual está implicado en el de autonomía personal. En cuanto al reconocimiento y respeto de la dignidad, más allá de la reminiscencia al derecho fundamental en clave dworkiniana de “igual consideración y respeto”, encuentro poco feliz la alusión al concepto de “dignidad”. Ante todo cabe señalar que no se trata del principio de dignidad del que habla Nino, en cuanto deben tomarse en serio las decisiones de la persona por las cuales admite perder derechos o contraer obligaciones a fin de imprimir libremente una dirección a su plan de vida. La dignidad a la que hace referencia la norma es la “dignidad-restricción”, no la “dignidad-empoderamiento”, y dicha dignidad-restricción sólo se justifica en la medida en que importe la concreción de un ideario paternalista legítimo, esto es que la restricción a tomar decisiones que se impone a la persona encuentre su fundamento en que se impida a que ésta se vea obligada a aceptar determinadas situaciones disvaliosas para su autonomía. Por dicha razón habría sido más apropiado que en lugar de dignidad se hubiera dispuesto que la persona tiene derecho al reconocimiento y respeto de su autonomía. A ello debe añadirse que el concepto de dignidad resulta muy indeterminado, es un concepto “continente” dentro del cual, según la perspectiva filosófica a la que se adhiera, se lo puede “rellenar” con contenidos diversos.

Lo mismo cabe decir en cuanto al artículo 52 que establece: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos... ”. Nuevamente se utiliza el sustantivo “dignidad”, aquí unido al adjetivo “personal”, con lo que se presentan los problemas de la indeterminación del concepto. Y más aun cuando se refiere a la lesión a otros derechos como los

mencionados, para luego utilizar una fórmula residual en cuanto pueda resultar menoscabada la dignidad de cualquier otro modo. Parecería entonces que los derechos enumerados -intimidad, honra, reputación, imagen e identidad- integran el concepto de dignidad, pero no son los únicos que así lo hacen. A ello debe sumarse que en el caso de conflictos de derechos, concretamente con la libertad de expresión, no siempre estos derechos prevalecerán, ya que, en aplicación de la doctrina de la “real malicia”, y desde una perspectiva constitucionalista, habrá situaciones en las que el derecho al honor y a la imagen deberán ceder, y en algunas otras -aunque menos- también habrá de hacerlo el derecho a la intimidad. Y ello en virtud de que es la autonomía personal el fiel que incline la balanza a favor de uno u otro derecho en conflicto. Otro ejemplo aquí es el del conflicto entre el derecho al honor o a la reputación y a demandar o denunciar judicialmente.

El artículo 53, en la medida que hace depender del consentimiento del interesado la posibilidad de captar o reproducir su imagen o voz, resulta un claro reconocimiento al principio de la autonomía personal. El artículo 54 presenta un alto grado de pertinencia para la materia de este trabajo. Su texto reza que “No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuada a las circunstancias”. Esta norma presenta la oposición entre “dignidad-empoderamiento” y “dignidad-restricción”. Si se toman las medidas de seguridad y prevención adecuadas, y una persona acepta libremente realizar un determinado trabajo peligroso, que se supone que a cambio le va a generar una remuneración que justifique “correr” el riesgo, ¿se puede desde la “dignidad-restricción” prohibir ese contrato, en definitiva, restringir la “dignidad-empoderamiento”? Nadie vetaría que se contraten personas para limpiar vidrios de edificios de ochenta pisos, pero censuramos el trabajo en el “lanzamiento del enano”, ¿por qué? Esto revela que la pauta para prohibir o no un empleo no es sólo el “peligro” para la salud o vida del trabajador, parece que el

“limpiavidrios” cumple una función necesaria, mientras que el público se mofa de la persona enana. Es posible, pero cabe preguntarse si se podría condenar a no trabajar a una persona enana cuando la sociedad no le ofrece un mejor empleo y que él acepta libremente y que no lo aprecia como indigno. He de señalar que, dadas las particularidades del caso, el supuesto no es comparable con el del trabajador que admite trabajar en condiciones de horario e higiene que repercutan negativamente en la autonomía de los demás trabajadores de la actividad. Lo cierto es que se trata de una norma de muchísima pertinencia para los conflictos a presentarse alrededor de la libertad de contratar.

El artículo 55 admite el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, estableciendo que dicho consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. Se trata de una norma que, debido a la trascendencia de los derechos personalísimos, no permite presumir su disposición. Y limita esta última a través de la ley, la moral y las buenas costumbres. Sobre la moral y las buenas costumbres cabe reiterar lo dicho respecto de otras normas en las cuales se alude a estos estándares, por lo que es de prevenir que muchas veces necesita la encarnadura de los derechos a fin de que puedan servir de pauta legítima de conducta. En cuanto a la ley, la dificultad que se puede presentar es que una ley que prohíba la disposición de estos derechos sea atacada de inconstitucional justamente porque prohíba al titular de los mismos disponer de ellos porque éste considere que de esa manera se restringe su autonomía. Nuevamente aquí se presenta la idea del paternalismo legítimo en cuanto sólo desde dicha perspectiva podría justificarse una restricción a la libre y voluntaria decisión de disposición del sujeto de los derechos. Por lo demás, dada la íntima vinculación de los llamados derechos personalísimos con la autonomía, la directiva general de la norma en cuanto no presume el consentimiento y prescribe su interpretación restrictiva aparece justificada.

Resulta consistente con lo anterior la norma del artículo 56 en

tanto prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente en su integridad, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, lo cual, a su vez, es consistente con la idea de dignidad en cuanto se decide libremente ceder derechos en pos de la autonomía personal o de otros. Es de recordar con relación a esto último, el precedente de la Corte Federal Saguir y Dib (30), en el cual se autorizó a una joven a quien le faltaban unos meses para cumplir la edad mínima de dieciocho años para consentir la ablación de un órgano, a que se le practique la ablación de un riñón para que se le trasplante a su hermano menor de edad cuya vida estaba en serio peligro. Los restantes artículos del capítulo, esto es desde el 57 al 61, dentro de los cuales algunas normas reafirman la necesidad de contar con un auténtico consentimiento del interesado para someterse a actos médicos, investigaciones en salud, para anticipar directivas médicas o incluso para disponer de las circunstancias de sus exequias e inhumación, se encuentran en línea coherente con el respeto a y prevalencia del principio de la autonomía personal.

Bibliografía

- (1) Ver en García Lema, Alberto M.: “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, en *La Ley* del 02/06/2014.
- (2) Ver en Böhmer, Martín: “Imagining the State. The Politics of Legal Education in Argentina, USA and Chile”, JSD dissertation, Yale Law School 2007, págs. 96/98.
- (3) Ver en Rivera, Julio César: “La recodificación del derecho privado argentino”, en “*Revista de Derecho Privado y Comunitario*”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, “Proyecto de Código Civil y Comercial-I”, págs. 17/18
- (4) Ver en Rivera, op. cit., págs. 25/26.
- (5) Ver en García Lema, op. cit.
- (6) Ver en García Lema, op. cit.
- (7) Ver en Vigo, Rodolfo L.: “Comentarios al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial: El Derecho y la interpretación

en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, “Proyecto de Código Civil y Comercial-I”, págs. 43.

(8) Ver en Bouzat, Gabriel: “El derecho como un sistema de razones para la coacción”, en Alegre-Gargarella-Rosenkrantz: “Homenaje a Carlos S. Nino”, Ed. La Ley, 2008, pág. 148.

(9) Ver en García Lema, op. cit.

(10) Ver en Vigo, op. cit., págs. 45/46.

(11) Ver en Vigo, op. cit., págs. 46/47.

(12) Ver en Vigo, op. cit., págs. 48/49.

(13) Ver en García Lema, op. cit.

(14) Ver en Mosset Iturraspe, Jorge: “El ejercicio de los derechos: buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2, “Proyecto de Código Civil y Comercial-I”, págs. 56/57.

(15) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 60/64.

(16) Ver en Fried, Charles: “La obligación contractual. El contrato como promesa”, Editorial Jurídica de Chile, 1996, págs. 94/95.

(17) Ver en Dworkin, Ronald: “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, 1999, cap. 12.

(18) Ver en Fried, op. cit., págs. 114/120.

(19) Ver en Nino, Carlos Santiago: “La constitución de la democracia deliberativa”, Ed. Gedisa, 1997, pág. 80.

(20) Ver en Fried, op. cit., págs. 126/130.

(21) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 100/101.

(22) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 90/93.

(23) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., pág. 97.

(24) Ver en Mosset Iturraspe, op. cit., págs. 102/104.

(25) Ver en Fried, op. cit., págs. 113/115.

(26) Ver en García Lema, op. cit.

(27) Ver fallos: “Horwood v. Millar’s Timber and Trading Company” y “Canada Trust v. Ontario Human Rights Commission”, citados en Weinrib, Lorraine E. y Weinrib, Ernest J.: “Constitutional Values and Private Law in Canada”, en Friedmann, Daniel y Barak-Erez, Daphne: “Human Rights in Private Law”, Hart Publishing,

2003, págs. 62/64.

(28) Ver en Bidart Campos: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, 1993, T° I, pág. 481.

(29) Ver en Brow nsw ord, Roger: “Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity” en Friedmann, Daniel Barak-Erez, Daphne: “Human Rights in Private Law”, Hart Publishing, 2003, págs. 191/193.

(30) Ver CSJN, Fallos: 302:1284.-S

Dignidad, autonomía y libertad contractual

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: Flah, L. (Dir.) Temas de Derecho Civil: Persona y patrimonio. Buenos Aires: Erreius, 2018, págs. 599-619.

[Consultado el: 15/01/2021]

Sumario:

1) Introducción. - 2) El principio de la dignidad humana.- 3) El principio de dignidad humana en el orden normativo.- 4) El principio de la autonomía personal como respuesta a lo que no responde la dignidad humana.- 5) Dignidad de la persona, perfeccionismo y paternalismo.- 6) Dignidad de la persona y contratación.- 7) La cuestión en el Código Civil y Comercial.- 8) La indisponibilidad de los derechos personalísimos.- 9) Conclusiones:

1) Introducción:

El propósito de este trabajo es reflexionar acerca de las dificultades que presenta el principio de la dignidad humana para concretar los alcances de los límites a nuestra capacidad de contratar. Básicamente tendré en cuenta la incompatibilidad de “imponer” una concepción objetiva de dignidad humana con el principio de autonomía personal, el cual, resulta más comprometido con la capacidad de elección de los propios intereses que poseemos como seres racionales, y de disposición de los bienes que satisfacen tales intereses, todo lo cual hace a nuestra libertad de decisión respecto a la dirección que deseamos imprimir a nuestro plan de vida.

2) El principio de la dignidad humana:

Se alude a la “dignidad humana” como un principio

constitucional que insufla de una visión humanista al orden jurídico. Ahora bien, es un concepto difícil de asir, de comprender intelectualmente como diferenciado del de naturaleza humana. Y en esa confusión el mismo pierde eficacia jurídica, en cuanto a las consecuencias que de él se pueden derivar para solucionar los conflictos que se presenten al aplicar dicho orden jurídico.

Bidart Campos sostenía que para hablar de dignidad del hombre hay que admitir que ella es inherente a su ser, a su esencia, a su naturaleza, avalando una postura que hace radicar la dignidad humana en un plano ontológico. Mas agregaba que aun quienes niegan una naturaleza humana, y diluyen el ser humano en una pura historicidad, también pueden encontrar alguna explicación filosófica a la dignidad humana. Así, según Pérez Luño, la dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de las persona en la esfera moral (1). En la misma línea se señala que los derechos humanos parten de un nivel por debajo del cual carecen de sentido, desde el reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualesquiera que sean los valores prevalentes en una determinada colectividad. Para Legaz y Lacambra hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. En fin, de la dignidad se desprenden todos los derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle su personalidad integralmente. Cada vez que, con una expresión o con otra, se afirma que el hombre tiene derechos por su propia naturaleza o por el hecho de ser persona, se quiere significar que los tiene por su dignidad de tal (2).

De las anteriores caracterizaciones citadas surge evidente que el concepto de dignidad se confunde con el de naturaleza o personalidad humana y cuya función fundamental consiste en justificar que el ser humano tiene derechos, es acreedor de derechos. Todo ello no hace más que desdibujar el concepto de dignidad, ya que se trataría de un concepto que se encierra en un círculo vicioso, el ser humano

tiene derechos porque es digno, porque es persona humana, y como es digno tiene derecho a ser reconocido como persona humana. Estas definiciones del principio o derecho a la dignidad importan, a mi juicio, una caracterización vacía, la dignidad es presentada como una “denominación” de aquello que no se sabe muy bien qué es, pero que está en la esencia, en la naturaleza de los seres humanos y es la razón que justifica que se les reconozcan determinados derechos fundamentales para el desarrollo de su personalidad. Pero la pregunta que no se responde, con esta conceptualización de la dignidad, es ¿por qué debe reconocerse determinados derechos al ser humano?. Si la respuesta radica en que es “digno” de tener tales derechos, resulta una respuesta insatisfactoria porque no explica ni justifica.

En un intento de dotar de contenido a la “dignidad humana”, Sánchez de la Torre ha considerado que los derechos humanos representan la capacidad de dignidad que el ser humano puede desarrollar y que esa dignidad se refleja en: la racionalidad humana; la superioridad del hombre sobre los otros seres terrenos; y la pura intelectualidad, como capacidad de comprensión directa de las cosas sin que a ello estorbe la materialidad de ellas (3). Sin embargo este “contenido” que se le confiere al “contenedor” dignidad humana nuevamente se confunde en cuanto a sus notas definitorias con lo que caracteriza a la naturaleza humana, básicamente racionalidad e intelectualidad. La crítica que se podría efectuar es ¿por qué “sumar” una denominación a conceptos que ya tienen otra asignada?

3) El principio de dignidad humana en el orden normativo:

A pesar de lo desdibujado y ambiguo del concepto de dignidad humana en los términos señalados, el mismo es especialmente considerado por los ordenamientos jurídicos. Sin pretender agotar el reconocimiento del principio de dignidad humana en todos los tratados internacionales, a modo de ejemplo efectuaré las siguientes menciones. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Preámbulo reza que Todos los hombres nacen libres e

iguales en dignidad y derechos... También en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se dice Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 5.2 establece que Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. A su vez, el artículo 11, inciso 1 dispone: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Por su parte los Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresan: “Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”

Nuevamente se puede apreciar en los textos transcritos que la dignidad humana, o dignidad inherente al ser humano, es aquello que hace a éste merecedor de que se le reconozca determinados derechos fundamentales. De tal forma la dignidad humana es un concepto que se “intuye” como fundamento de los derechos humanos, pero que al no tener un contenido sustantivo, como la igualdad, la libertad, la vida, la integridad física, no explica ni justifica por qué deben reconocerse tales derechos. La idea que sobrevuela en estos textos es que los seres humanos, por el mero hecho de serlo, son dignos de que se les reconozca ciertos derechos fundamentales, con lo cual reaparece esta “confusión” entre dignidad humana y “humanidad”.

En lo que se refiere a la Constitución Nacional, el artículo 42 referido a los derechos de los consumidores y usuarios, prescribe que

los mismos tienen derecho a condiciones de trato equitativo y digno. Si nos atenemos a lo dicho en el punto anterior, el derecho a que se dispense un trato digno se correspondería con un trato a ser tratados como personas humanas en la relación de consumo, como seres racionales o intelectuales, con lo cual el adjetivo “digno” aparece teñido de superfluidad.

En cuanto al Código Civil y Comercial, y nuevamente, sin pretender reseñar toda la normativa del mismo, ya que volveré sobre ella más adelante, se menciona muy especialmente a la dignidad humana en distintos artículos. Me limitaré aquí a dos normas. El artículo 51 establece: Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Seguidamente el artículo 52 reza: “Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

En el artículo 51, la idea de reconocimiento y respeto a la dignidad tiene reminiscencias a la confusión, que se mencionara, entre dignidad y naturaleza o esencia humana. Así se ha entendido que relacionar la inviolabilidad personal con el concepto de “dignidad” implica concentrar en este último el sustrato jusfilosófico de la tutela de los derechos de la personalidad. De tal modo todos los derechos personalísimos se fundan en el reconocimiento de una dignidad que corresponde a cada ser humano por el solo hecho de serlo, y por ello para englobar a todos esos derechos en una expresión única se utiliza la expresión “derecho a la dignidad” (4)

La mención efectuada en el artículo 52 se presenta como la referencia a un valor o derecho residual, ya que se comienza por aludir a lesiones a derechos de valor extrapatrimonial como la intimidad, la honra, la reputación, la imagen y la identidad. Pero, a efectos de que

no exista ninguna laguna en cuanto a las afectaciones posibles, la dignidad personal es mencionada como un concepto, reitero, residual, o globalizador de cualquier otro derecho o valor del ser humano que pudiera ser lesionado. En sentido concordante con lo expuesto, se señaló que el texto del artículo puede plantear al operador jurídico alguna reflexión, singularmente vinculada al hecho de que si por estar sólo mencionados los derechos a la integridad espiritual, la tutela preventiva y resarcitoria que la norma preordena con reenvío a los artículos que regulan el régimen de responsabilidad civil es sólo inherente a ellos, o puede proyectarse también a eventuales afectaciones a otros derechos de la personalidad más allá de los mismos. La respuesta debe ser por esta última alternativa, habida cuenta de que la noción genérica de dignidad de la persona, a la que la norma alude, involucra no sólo sus derechos a la integridad espiritual, sino todos (5).

4) El principio de la autonomía personal como respuesta a lo que no responde la dignidad humana:

La idea que pretendo esgrimir consiste en que la insuficiencia del concepto de dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales es suplida por el de autonomía personal. Para fundamentar la mentada idea, voy a basarme en la concepción de Carlos Nino acerca de la democracia deliberativa. Nino sostenía que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada no por el consenso que es el resultado de la discusión moral sino por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión, no obstante lo cual, ese consenso tiene un valor epistémico como forma de acceso a tal validez de los principios morales. El fundamento del valor epistémico de una discusión moral reside en que la participación en la misma de todos los afectados por las soluciones que se proponen maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. Ello es compatible con la idea generalizada de que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, por lo que la

aceptación de tal principio por parte de todos los afectados es un indicio de imparcialidad. Además el diálogo maximiza la racionalidad y el conocimiento de los hechos, ya que durante el mismo, se ponen de manifiesto errores de razonamiento y deficiencias de información. La diferencia del proceso democrático con este tipo de discusión moral se manifiesta en que en aquél es necesario fijar un momento para poner término a la discusión, ya que si no existe consenso puede mantenerse el “statu quo”, lo cual implicaría darle poder de veto a una minoría a favor del mismo. La única manera de superar dicha dificultad radica en sustituir la exigencia de consenso unánime por la decisión de la mayoría simple. Pero dicha decisión debe ser el resultado de un proceso de justificación de propuestas ante los demás, y la tendencia individual a la imparcialidad debe generarse por la necesidad de cada proponente de contar con el mayor apoyo posible a su propuesta (6).

Como consecuencia de la fundamentación de la democracia en dicho sucedáneo del debate moral, Nino considera que se desvanece la tensión entre democracia y derechos individuales. Ello es así porque los derechos individuales que pertenecen al plano ontológico, forman parte del sistema moral a los que nuestros juicios hacen alusión. En cambio la democracia se ubica en el plano epistemológico, es el mejor procedimiento para tener acceso cognitivo a tales derechos. También advierte que ciertos derechos son condición para que el procedimiento democrático de discusión y decisión tenga algún valor epistémico. Entre tales derechos enumera a poder expresarse libremente y en relativa igualdad de condiciones, a no ver comprometidas su vida y su seguridad por defender ciertas posiciones, a los que considera derechos a priori, en tanto son requisitos del valor epistémico del procedimiento para determinar la validez de los restantes derechos que pueden ser denominados a posteriori (7). Ahora bien, dicha concepción “liberal” de los derechos compatible con la idea de democracia, se basa en tres principios: el de autonomía de la persona que provee el contenido de los derechos, el de inviolabilidad de las personas que determina la función de los derechos de servir de barrera de protección de intereses individuales contra consideraciones basadas en intereses de terceros o de algún ente supraindividual, y el de

dignidad de la persona, que permite un manejo dinámico de los derechos sobre la base del consentimiento de los individuos (8). Es así que se ubica a la autonomía personal como uno de los principios basales de los derechos que dan fundamento a la idea de la democracia como procedimiento deliberativo y racional para la toma de decisiones colectivas.

El valor de la autonomía de la persona se relaciona con la libre aceptación de los principios morales intersubjetivos y de ideales autorreferentes de excelencia personales. Del presupuesto general del valor de autonomía moral se puede derivar el principio liberal específico de la autonomía personal que proscribe la interferencia con la libre elección de ideales de excelencia personal. Es que el intento de imponer ideales personales es autofrustrante y por ende irracional. La discusión y la decisión democráticas, que legitiman una imposición coercitiva, no tiene ningún valor epistémico cuando se refieren a ideales personales, porque el requerimiento de imparcialidad sobre el cual ese valor epistémico está basado no es relevante para su validez. A su vez, el principio de autonomía personal determina el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él podemos inferir los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales. Tales prerequisites para la elección y realización de planes de vida incluyen: una vida psicobiológica, integridad corporal y psicológica, y libertad de movimientos, libertad de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, libertad de trabajo, posibilidad de tener tiempo libre y libertad de prácticas religiosas (9).

De lo expuesto se comprende que el principio de la autonomía personal, importa la fuente de una serie de derechos básicos dentro de los cuales, la libertad de expresión y de asociación expresan el carácter fundamental que la autonomía tiene para el sistema democrático. Es que si la autonomía personal implica la capacidad de autodeterminar un plan de vida personal, a nivel comunitario, es decir político, sólo tales principios pueden dar fundamento al sistema democrático en

cuanto proceso de toma de decisiones colectivas mediante la libre y racional deliberación de todos los interesados, quienes participan en pie de igualdad en dicha deliberación. Esta idea es esclarecida por Bouzat, quien señala que la justificación de la democracia reside en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad, los que entiende presupuestos en la deliberación democrática y que no pueden ser desconocidos sin negar la democracia misma. Ello es así por cuanto se trata de valores asumidos por quienes participan de la práctica democrática y resultan precondiciones de la democracia, ya que la democracia exige la autonomía en la formación de la voluntad; es decir la libertad de aceptar o no los argumentos que se esgrimen en el debate. A su vez, el debate democrático presupone que nadie tiene un acceso privilegiado a la verdad y que todos están en igualdad de condiciones (imparcialidad) a la hora de argumentar. Son los valores de la autonomía y la imparcialidad, los que, incorporados a los procedimientos democráticos dan forma a una idea regulativa que favorece la adopción de decisiones que promuevan la libertad y la igualdad. Asimismo, agrega Bouzat, los mismos valores que presupone la democracia dan origen a los derechos fundamentales de las personas. Dichos valores tienen un carácter mucho más general del que surge el contenido de los derechos y a través de la democracia se concretan en los distintos derechos. Es decir, la democracia enlaza los principios de los derechos humanos y de la soberanía popular porque a través de la participación y discusión democrática, los derechos humanos, que se fundan en los valores de la autonomía y la imparcialidad, se institucionalizan y precisan (10).

En cuanto a los otros dos principios señalados por Nino como fundamento de la concepción liberal de los derechos y de la democracia, el de inviolabilidad de la persona también está vinculado a la idea del debate moral. Es que siendo la imparcialidad un requerimiento para el mismo, es plausible concluir que el discurso moral presupone la idea de separabilidad e independencia de las personas. En realidad la idea misma de autonomía implica la separabilidad e independencia de las personas dado que presupone que es posible distinguir las decisiones que se refieren a planes de vida

adoptados por el agente afectado de aquellas tomadas por otras personas. Ahora bien, siempre siguiendo a Nino, el principio de inviolabilidad de la persona limita el de la autonomía personal, en tanto proscribire la disminución de autonomía de una persona para alcanzar como único propósito el incremento de autonomía de la que gozan otros individuos. Esta idea excluye concepciones “holistas” que no tienen en cuenta a la persona individual con intereses separados de los de un ente colectivo, llámese estado o como sea, al cual se asigna las propiedades de persona moral con intereses irreductibles. No obstante esta idea de la inviolabilidad de la persona como limitativa del principio de autonomía, Nino señala que este último implica adoptar una concepción subjetivista de los intereses autorreferentes y que no hay subjetividad sin una psiquis, lo cual refuerza la íntima significación entre autonomía personal y libertad psicológica (11). De lo expuesto cabe deducir que el principio de inviolabilidad de la persona sólo puede ser entendido como limitante o competitivo con el de autonomía personal si se considera a este último como un valor agregativo, esto es, que exija el sacrificio de la autonomía de algunos o muchos en pos del incremento global de la autonomía total de los miembros de una sociedad. Pero entiendo que esta idea resulta contradictoria con el concepto mismo de autonomía, ya que si lo que define primordialmente a este principio, es la capacidad de elegir libremente el plan de vida personal, mal podría denegarse esta posibilidad de elección con el argumento de que esto aumenta la autonomía de otras personas. Así no podría admitirse la esclavitud de algunos porque de esa manera se incrementase la libertad de elección del plan de vida de otros que se ven liberados de tener que trabajar. Se podría argumentar que si el único principio que importa fuese la autonomía bien podría justificarse la esclavitud de un grupo para incrementar la autonomía de otro. Sin embargo eso sólo sería defendible desde una concepción agregativa de la autonomía, lo que no comparto, por cuanto entiendo que la autonomía, entendida como la capacidad de elegir libremente el plan de vida se explica a partir de la capacidad intelectual o libertad psicológica que es predicable respecto de todas las personas al haber adquirido cierto grado de adultez. Es por ello que, a mi juicio, la inviolabilidad de la persona

lejos de resultar un principio competitivo con el de autonomía, resulta ser una derivación de este último.

Finalmente, Nino señala que la combinación de los principios de autonomía e inviolabilidad garantizan que la autonomía de un individuo no puede ser sacrificada para incrementar la autonomía de otros. Pero alerta acerca de que esta garantía se aplicaría también a los mismos agentes afectados, prohibiéndoles involucrarse en cualquier tipo de situación que pudiera dañar su propia autonomía, con lo cual, paradójicamente, la autonomía personal descalificaría cualquier decisión personal que restringiera su propia autonomía, aun cuando el resultado neto fuera el incremento de la autonomía de otras personas. En ese orden de ideas es que entiende que resulta necesario un principio ulterior que limite el de la inviolabilidad de la persona, y que, consecuentemente, debe autorizar restricciones en la autonomía de los individuos, cuando las mismas sean consentidas por los individuos afectados. Nino formula este principio de dignidad de la persona como aquél que le permite a la persona tener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contraer obligaciones, asumir responsabilidades y perder derechos. Esto se manifiesta en el hecho de que las instituciones jurídicas que establecen obligaciones y responsabilidades y dependen del consentimiento de los afectados, deberían estar justificadas sobre la base de promover la autonomía de la sociedad en general, como es el caso de la responsabilidad penal (12). También aquí encuentro que el principio de dignidad de la persona no necesita ser entendido como opuesto o en competencia con el de la autonomía personal, ya que la pérdida o transferencia de derechos a través de un acto deliberado y consciente es una lógica consecuencia del ejercicio de la autonomía personal. En todo caso, tendrá su límite o su excepción, cuando el acto lejos de ser libre y voluntario se vea condicionado de tal forma que la voluntad resulte superada por factores externos como la coerción o el disturbio mental (13). Y agregaría que también se vería limitado cuando ese ejercicio anule “contradictoriamente” la autonomía personal, como en el supuesto de que una persona libre y voluntariamente admite convertirse en esclavo de otra. A nivel

colectivo esto último se vería representado por la invalidez de decisiones mayoritarias que importen someter a la población a los designios de un gobierno autoritario, tal como lo dispone el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional. Este principio tiene implicancias trascendentes en el ámbito de los contratos.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que la autonomía personal en cuanto reconocimiento de la libertad de autodeterminar el propio plan de vida sin interferencia ajena, en la medida que no se afecte esa misma libertad de los demás, resulta la base de ciertos derechos fundamentales que son precondiciones para el sistema democrático y, por ende, para la vida comunitaria. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto 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. Esto significa que cualquier persona puede autodeterminar su plan de vida, realizar conductas autorreferentes, en la medida que no causen daño a otro, lo cual constituye el núcleo de la autonomía personal.

5) Dignidad de la persona, perfeccionismo y paternalismo.

He señalado que la materia contractual mantiene estrecha vinculación con el principio de dignidad, el que para mí, junto con el de inviolabilidad de la persona, importan concreciones del principio más amplio de autonomía personal. Pero este principio de dignidad de la persona, tal como ha sido conceptualizado por Nino, de acuerdo a lo expuesto en el punto precedente, no se corresponde con el dignidad humana aludido en los dos primeros puntos. Es de recordar que este último es concebido de manera tal que prácticamente se funde con el de naturaleza o esencia humana, mientras que el de dignidad de la persona es la capacidad de restringir la propia autonomía asumiendo, voluntaria y libremente obligaciones. Si se lo analiza de una manera simplista, el principio de dignidad personal establece restricciones a la

autonomía cuando dichas restricciones sean consentidas por los mismos individuos afectados, mas como lo explicara Nino, le permite a la persona tener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contraer obligaciones, asumir responsabilidades y perder derechos. Por lo tanto, si bien es posible imaginar un proceso dinámico en el cual los derechos pueden ser transferidos y perdidos, y de esa manera ver disminuida la autonomía (14), en realidad la autonomía se refuerza, ya que en la medida en que dicha transferencia sea libre y voluntaria, importa asumir decisiones y consiguientes responsabilidades de acuerdo al plan de vida que cada uno diseña y decide llevar a cabo. Al contratar siempre se ceden ventajas o derechos a cambio de otros beneficios que se pretenden obtener. Salvo en los casos de vicios de la voluntad, en principio, en virtud de la dignidad de la persona, su voluntad debe ser respetada, y en consecuencia, la responsabilidad contractual asumida, porque de esa manera se respeta la autonomía personal, una concepción de la vida por la cual resulta valioso hacerse cargo de las propias decisiones.

Ahora bien, lo anterior reconoce límites, ya que nadie consentiría, por ejemplo, en aprobar un contrato de esclavitud “libremente” consensuado. Esta idea se halla recogida en la prohibición del artículo 15 de la Constitución Nacional. Con todo es necesario precisar tales límites. El respeto a rajatabla de la autonomía de la voluntad expresa la oposición a una concepción perfeccionista de la vida, ya que implica el respeto de la elección de cada uno a diseñar su plan de vida. Es que el perfeccionismo es una concepción que sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus deseos o de su elección de forma de vida, por ello el estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores . De tal manera el perfeccionismo se plantea como una posición de filosofía política que amplía las funciones del estado de modo que éste se convierte en árbitro de formas de vida e intereses personales. En oposición al mismo, el liberalismo descansa en una concepción de lo que es socialmente bueno, según la cual la

autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida es intrínsecamente valiosa. Que el valor de la autonomía personal pueda ser parte de una concepción plausible del bien personal, implica que es valioso que uno tenga oportunidades para satisfacer preferencias aun cuando ellas estén basadas en ideales inválidos. Quien adhiere a este valor preferirá siempre tener la capacidad individual de satisfacer cualquier preferencia que llegue a tener, aunque ellas estén lamentablemente basadas en ideales falsos. Sólo si lo que es bueno en la vida depende de la subjetividad de cada uno parece estar garantizada la autonomía personal. En cambio si lo que es bueno para los individuos fuera algo objetivamente determinable ello parecería proveer razones para imponérselo a los individuos independientemente de sus decisiones y preferencias (16).

De acuerdo a lo anterior, si no podemos fundar la prohibición del contrato de esclavitud en una concepción perfeccionista por la cual es dable considerar que ser esclavo de otra persona es objetivamente malo como ideal de vida, ¿en base a qué fundamento podemos sostener dicha prohibición?. Para ello debe distinguirse al perfeccionismo del paternalismo. El principio de autonomía de la persona proscribire interfeerir en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida por parte de los individuos, salvo que, tal como surge del principio de inviolabilidad de la persona, el ejercicio de esa libertad implique poner a otros individuos en situación de menor autonomía relativa, o que, como surge del principio de dignidad de la persona, el propio individuo cuya autonomía se restringe consienta esa restricción. Pero el perfeccionismo, en tanto avala que el estado adopte medidas educativas y punitorias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos y objetivos ideales de virtud y bien, debe ser distinguido del paternalismo estatal. Este último no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en imponerles conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente. Así, entre algunas medidas e instituciones paternalistas, Nino enumera la obligatoriedad de la educación

primaria, las leyes laborales tuitivas del trabajador, la vacunación obligatoria, o la prohibición del duelo. El paternalismo no perfeccionista se dirige a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan a sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles. Así, respecto de la obligatoriedad de la educación, Nino señala que la misma debería estar exclusivamente destinada a desarrollar la autonomía personal, lo que importa un paternalismo no perfeccionista por no involucrar un compromiso con ciertos planes de vida e ideales de excelencia humana. Ese objetivo justifica, por ejemplo, que se provea el acceso libre al conocimiento y la adquisición de principios de racionalidad. También existen otras medidas que tienen un componente paternalista aunque entremezclado con la protección de terceros. Es el caso de medidas destinadas a facilitar la cooperación, resolviendo problemas de coordinación, como los sistemas compulsivos de salud, seguridad social y agremiación sindical, en los cuales si no fuera por la imposición externa los individuos podrían decidir aisladamente que lo más conveniente para ellos es no participar del esquema y “colarse” a los beneficios proporcionados por el aporte de otros o participar de un esquema más selectivo dejando en el general sólo a la gente menos pudiente. Otro tanto ocurre con las leyes que protegen a los trabajadores en los contratos laborales, ya que son situaciones en las que el individuo no tiene más remedio que contratar en condiciones que perjudican sus intereses, puesto que sabe que si no será reemplazado, con mengua de sus posibilidades de subsistencia, por otro individuo que aceptará esas condiciones (17).

6) Dignidad de la persona y contratación:

Podría considerarse que es contradictorio con el principio de dignidad de la persona, que en nombre de este paternalismo legítimo, se impongan determinados contenidos contractuales o se prohíban otros, a pesar del concierto libre de las voluntades de los co-contratantes. Ahora bien, el principio de dignidad de la persona prescribe que los seres humanos deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento (18). A

su vez, al perseguir sus planes de vida -lo que presupone el principio de autonomía de la persona- los individuos entran en conflicto, debido principalmente a la escasez de recursos para satisfacer tales planes, y una de las formas más viables de compatibilizar los diferentes planes de vida es que sus titulares consientan en llevar a cabo transacciones respecto de sus derechos. De allí que el principio de dignidad es el que fundamenta la posibilidad de los beneficiarios de los derechos de operar con ellos, renunciando a algunas de las ventajas que tenían derecho a cambio de otras en persecución de sus distintos fines. Asimismo resulta válido el consentimiento de ciertas consecuencias normativas, la asunción de determinada obligación o responsabilidad, cuando ella es un efecto necesario de un acto voluntario del individuo que es ejecutado con conciencia de que tiene ese efecto. Pero para justificar moralmente la imputación de consecuencias normativas jurídicas a actos genéricos es necesario, entre otras cosas, que el sistema de prohibiciones previa tienda a evitar que en la persecución de sus planes de vida, los seres humanos usen como meros medios a sus semejantes. Esto conduce a entender que la validez de los contratos no depende sólo de que se haya materializado el consentimiento de las partes en el caso particular, sino también de que él se haya dado dentro de un marco normativo jurídico que asegure que, sin ese consentimiento, la autonomía de uno de los individuos no está subordinada a la del otro. Consecuentemente Nino entendía que un contrato es moralmente inválido cuando está respaldado por un sistema de prohibiciones que supedita la materialización del plan de vida de un individuo a la concreción prioritaria del proyecto vital de otro. En concordancia con lo expuesto, corresponde decir que las medidas paternalistas que limitan la autonomía de la voluntad en los contratos, sólo pueden tener como fundamento la reafirmación de la propia autonomía personal, no deben estar dirigidas a suplir la voluntad de los individuos sino a hacerla efectiva. De allí que, siempre siguiendo a Nino, cabe mencionar entre dichas medidas paternalistas “compatibles” con la autonomía de la persona, la regulación legal de los contratos laborales, las que toman en cuenta la imprevisión o la lesión enorme, que amplían las causales de nulidad o anulabilidad tradicionales, pero que tienen el mismo fin de asegurar que el

consentimiento sea genuino. Otro tipo de restricciones estatales justificadas tienen que ver con la disponibilidad de los bienes, como el caso del contrato de esclavitud o de venta de órganos (19).

Un antiguo y conocido precedente jurisprudencial norteamericano, aunque la solución lo contradiga, nos muestra por qué ciertas medidas paternalistas son compatibles con la dignidad de la persona y la autonomía personal, a pesar de que imponen determinados contenidos al contrato que no le es dado a las partes infringir o ignorar. En “Lochner v. New York” (20), se cuestionó la constitucionalidad de una ley laboral del estado de Nueva York que prohibía que la jornada de trabajo en las panaderías superara las sesenta horas semanales. El tribunal decidió, por mayoría, que la ley interfería con el derecho de libertad de contratar entre empleador y empleado, dado que el derecho de “comprar y vender” la fuerza laboral es parte de la libertad protegida por la Enmienda 14, con excepción de circunstancias vinculadas al poder de policía estatal relacionado con la seguridad, salubridad, moral y bienestar públicos. Se decidió que no existían circunstancias relacionadas con dicho poder de policía que permitieran dicha interferencia estatal, en tanto los trabajadores panaderos no importan un grupo desvalido o en condiciones inferiores que necesiten que el Estado supliera su decisión acerca de sus derechos; asimismo se sostuvo que la vinculación del caso con la salubridad pública era muy remota. Los votos disidentes, por el contrario, consideraron que de acuerdo a la finalidad de preservar la salubridad pública -hoy diríamos la higiene laboral-, la ley era razonable y no violaba los estándares constitucionales (21).

Lo que me interesa destacar es que la ley declarada inconstitucional perfectamente puede ser justificada a partir del valor de la autonomía personal desde la perspectiva del paternalismo legítimo compatible con una idea liberal igualitaria. Es que más allá de la cuestión de salud e higiene laboral, si desde el principio de la dignidad personal se pretendiera justificar la libre decisión del trabajador que acepta trabajar más horas que la jornada laboral máxima, dadas las características del mercado laboral, esto evidentemente tendrá sus efectos negativos en el resto de los

trabajadores que se verán forzados a aceptar trabajar por un mayor horario al de la jornada legal. La consecuencia de dicha situación sería la menor capacidad de negociación contractual del universo de los trabajadores, por lo que se comprometería la autonomía personal de los mismos, por no poder negociar en pie de igualdad las condiciones de trabajo si se permitiera pactar individual y libremente la jornada laboral sin límites legales.

Otro precedente en el que está en juego la vigencia del principio de dignidad de la persona y su eventual conflicto con medidas paternalistas legítimas, proviene del derecho laboral alemán y data del año 1954. Se trataba de una “nurse” que fue obligada a abandonar su trabajo luego de casarse, dado que su contrato tenía una cláusula en ese sentido. La misma invocó, a fin de invalidar la cláusula, su derecho a casarse y a formar una familia, de acuerdo al artículo 6 de la constitución alemana. Respecto de esta cláusula de celibato, la Corte Federal Laboral sostuvo que no era nula como violación al artículo 138 del código civil alemán, que requiere no sólo una violación objetiva a la “común decencia”, sino también la existencia de un elemento subjetivo consistente en la culpa del infractor, en este caso, el empleador, lo que no consideró acreditado. Ahora bien, también señaló que, por aplicación de la teoría del impacto directo, ciertos derechos fundamentales se aplican directamente en las relaciones entre particulares y pueden invalidar determinadas cláusulas contractuales que infrinjan tales derechos, como el derecho a casarse y a formar una familia reconocido en el mencionado artículo 6 de la constitución, y el derecho a la dignidad humana garantizado por los artículos 1 y 2, también de la constitución. Concretamente estos dos últimos artículos garantizan a todo individuo el derecho a decidir su proyecto de vida, lo que incluye la libre decisión de casarse y con quién. Por lo tanto, más allá de que no se acreditaran los requisitos exigidos por la norma citada del código civil, resulta claro que prohibir a alguien, a fin de mantener su trabajo, a contraer matrimonio, importa una violación extrema del derecho a la dignidad humana (22).

En la actualidad nos resulta inconcebible que se discutiera un

antecedente como el reseñado -y entiendo que en 1954 también lo era-. Pero lo que me interesa destacar del mismo es que el concepto de derecho a la dignidad humana al que se refiere la constitución alemana no sólo difiere del explicado principio de la dignidad de la persona, sino que en el caso referido se presentan como principios en conflicto, ya que desde el principio de la dignidad de la persona podría alegarse que, al firmar el contrato, la “nurse” aceptó libremente la cláusula de celibato, mas desde el derecho a la dignidad humana la misma cláusula importa una grave violación a la libre elección del proyecto de vida. El punto dirimente, pasaría por establecer qué solución exige el respeto por la autonomía personal. Desde dicha perspectiva es claro que una cláusula de celibato como la señalada somete la libre elección del plan de vida personal de la “nurse” al mantenimiento del empleo, con el agravante de que la elección de modificar su estado civil no afecta su trabajo, al menos en un sentido sustancial. Distinto sería el caso de que se pactara que en caso de trasladar su residencia a otra ciudad, pierda el empleo, dado que el empleador no tiene que hacerse cargo de las elecciones sobre el plan de vida que realicen sus empleados -en ejercicio de su autonomía- cuando afecten el regular desempeño del trabajo. En ese sentido, y en virtud del principio de dignidad de la persona, el empleado debe hacerse cargo de sus decisiones que importen el sacrificio o renuncia de algún derecho.

Existen otros ejemplos o precedentes que plantean un similar tipo de conflicto. De Lorenzo enumera, entre otros, los casos de una profesora de catequesis a la que un colegio religioso no le renovó su contrato por haberse casado con una persona divorciada y que invocara sus derechos de libertad de culto y al trabajo; o el de un empleado jerárquico que, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, públicamente critica los productos de su empleador (23). En ambos casos se confirió razón a la profesora y al empleado, por considerar que el ejercicio de sus derechos fundamentales debía prevalecer frente a la libertad de contratar, lo que podría justificarse desde una concepción objetiva de la dignidad, como derechos indisponibles que pueden ser esgrimidos en las relaciones particulares. Pero si se examina la cuestión desde la autonomía personal, es posible

que se le otorgue la razón a la profesora por cuanto hace a su plan de vida enseñar catequesis así como desposar a la persona que elige, si bien el colegio sí puede exigirle que enseñe a los alumnos la línea doctrinal de la institución, que obviamente, no admite el divorcio vincular. Pero no estoy tan seguro de que el empleado pueda esgrimir su derecho a la libertad de expresión a los fines de criticar el producto de su empleadora, ya que no se trata de una expresión ideológica o religiosa, que sí puede entenderse comprometida en su plan de vida, sino que se trata de una expresión cuyo silencio bien podría incluirlo la empresa dentro del deber de lealtad y fidelidad del trabajador. El límite a dicho deber estaría dado si se comprometiera la salud o el derecho a la información del potencial adquirente del producto.

La distinción entre las dos concepciones de “dignidad humana” apuntada en más arriba, ha sido analizada por Brownsword (24). Según este autor la dignidad humana puede ser concebida como empoderamiento o poder, y como restricción. En el primer caso, los seres humanos poseen un valor distintivo que los hace tal, con una capacidad de actuar autónomamente y que genera un régimen de derechos humanos organizado alrededor de la protección de la autonomía individual. En este sentido el respeto por esta concepción de dignidad humana confiere poder a los individuos para proteger sus elecciones contra interferencias no deseadas de terceros. En contraste, la segunda concepción presenta a la dignidad humana como un valor que se encuentra por encima de las elecciones y el consentimiento individual, por lo que la autonomía individual resulta restringida por esta concepción de dignidad. En materia contractual, la dignidad como poder sirve para reforzar la idea de libertad contractual como un derecho fundamental en sí, si bien debe operar en forma consistente con el respeto de los derechos de los demás. En cambio la dignidad humana como restricción agrega a la lista de “buenas razones” para limitar dicha libertad contractual, una visión de la dignidad que va más allá del rechazo a las interferencias indeseadas de terceros. Ambas concepciones, dice el autor citado, colisionan respecto de la libertad de los contratantes para lograr sus proyectos y determinar sus propios riesgos (25).

De acuerdo a lo que intento defender en este trabajo, si la autonomía personal no puede sacrificarse -a menos que se afecte la autonomía personal de los demás-, parecería que la segunda concepción de dignidad humana no resultaría un valor o principio válido para decidir los conflictos de derechos que se encuentran en torno a la responsabilidad contractual. Esta segunda concepción, a primera vista se presenta como un valor objetivo, inmutable, permanente, que debe ser respetado por los individuos aun contra sus propias decisiones o elecciones personales. Si la referida concepción sólo fuera entendida de dicha manera, resultaría negatoria del principio de la autonomía personal, y no sería más que la imposición -por parte del estado legislador o juez- de un determinado plan de vida que se juzga correcto y bueno, por lo que las personas no tienen la libertad de apartarse de él, a pesar de que lo que juzgan como correcto y bueno para sus vidas difiere de dicha concepción. La única argumentación intelectual que permita conciliar ambas concepciones de dignidad humana que se presentan como antagónicas, pasa por lo expresado anteriormente respecto de la justificación del paternalismo legítimo. Así la restricción que implica la segunda concepción de la dignidad humana que enuncia Brownsword, sólo puede justificarse en la medida que en lugar de suplir la voluntad de la persona, la potencia, reforzando su capacidad de libre elección de su plan de vida, en definitiva puede operar como restricción a la libre voluntad contractual pero no a la autonomía personal.

Brownsword refiere un precedente francés que genera polémica según el tipo de dignidad que consideremos, y que se vincula a la comercialización del cuerpo humano como una afrenta a la dignidad humana. Es el caso conocido vulgarmente como el del “lanzamiento del enano”. En 1995, el Consejo de Estado francés afirmó que el respeto por la dignidad humana hace al orden público, confirmando, de tal manera, una ordenanza municipal que prohibía dicho espectáculo. La legalidad de dicha norma fue impugnada justamente por una persona enana, quien alegó que participaba libremente en dicha actividad y que recibía un sueldo por ello, por lo tanto la mentada prohibición lo condenaba al desempleo. El Consejo

sostuvo que esta persona estaba comprometiendo su dignidad al permitir ser usado como un proyectil. Para el interesado, la concepción de dignidad relevante es la que importa el empoderamiento que le permitía elegir ese trabajo, es más entiende que su dignidad se ve afectada al quedar desempleado en razón de la norma. La decisión del Consejo se justificaría desde el argumento paternalista, por cuanto entiende que los enanos, al aceptar dicho trabajo comprometen su dignidad y la de sus congéneres. Según esta visión el hecho de que los empresarios no se propongan degradarlos o que los enanos consientan libremente trabajar en dicha actividad es intrascendente, ya que el orden público limita la autonomía. La concepción de dignidad en la cual el Consejo fundó su decisión es la de restricción, según la cual afirmaron que la persona que impugnaba la norma tenía una falsa percepción de su autoestima (26).

El caso comentado es controvertible. De acuerdo a la idea de prevalencia de la autonomía personal, cabe preguntarse si la aceptación libre de dicho empleo hace que la persona enana reduzca su autonomía en el sentido de disminuir sus posibilidades de elección libre de su plan de vida. De la síntesis de la decisión del Consejo de Estado no se desprende que se hubiera efectuado este análisis, y lo que parecería una decisión “paternalista”, adquiere ribetes de “perfeccionista”, en tanto se enrostra al impugnante que está equivocado en la percepción de su autoestima, en definitiva de su propia dignidad, lo que se evidencia al desentenderse de la opinión de la persona involucrada sobre lo que es digno para sí, afirmando que la dignidad de las personas es una cuestión de orden público. Desde este punto de vista que denunciaría de perfeccionista a la decisión, parecería que la ordenanza en cuestión resulta equiparable a las normas que condenan la homosexualidad o el consumo de drogas, ya que quienes incurren en tales conductas no aprecian correctamente lo que implica el “buen vivir”, aunque sólo se perjudiquen ellos mismos. Es cierto que con una lectura más benévola podría calificarse a la norma como “paternalista legítima”. Desde tal perspectiva, la ordenanza que prohíbe el “lanzamiento del enano” tendría la misma validez que aquellas normas que ordenan la obligatoriedad de la

educación primaria o de la vacunación, ya que al obligar a cumplir -o prohibir en este caso- ciertas conductas, facilitan que a las personas involucradas les resulte más accesible elegir libremente el plan de vida que deseen llevar a cabo. Con todo, no encuentro tan lineal dicha consecuencia en el caso francés aludido. De allí que no se llegue a vislumbrar la justificación de esta norma prohibitiva que hace prevalecer la “dignidad-restricción” por sobre la “dignidad-empoderamiento”; ya que sólo podría justificarse si la referida restricción expandiera la autonomía de la persona en el sentido de ampliar las posibilidades de elección de un plan de vida, o lo que es lo mismo si el mentado empoderamiento en realidad limitase dichas posibilidades.

En síntesis de lo argumentado hasta aquí es dable inferir que la concepción de dignidad humana, como equivalente o fundible en la noción de naturaleza o esencia humana padece de un alto grado de vaguedad por el cual resulta difícil describir sus notas definitorias. Amén de ello se presenta como un concepto objetivo que no es dado al titular de la misma cuestionar, por lo que no puede ceder en su valoración o disposición, ya que es independiente o ajeno a la propia percepción de la persona respecto de sus intereses y plan de vida. En tal sentido, la “dignidad humana” se identificaría con la “dignidad-restricción” a la que se aludiera en este punto. En cambio, la dignidad de la persona, tal como fuera presentada por Nino, se identifica más con la “dignidad-empoderamiento”, ya que se alude a la capacidad de decisión de la persona en cuanto a ceder aspectos de su autonomía a los fines de “ganar” más autonomía en forma global, esto es, en cuanto a la capacidad de de autodeterminar el plan de vida.

De acuerdo a esta distinción que propongo, entiendo razonable, y si se me permite, correcto, desplazar el concepto de “dignidad humana” por el de autonomía personal como valor o principio eje sobre el cual es factible hacer girar o derivar los derechos fundamentales de acuerdo a lo expuesto en los puntos 2 y 4 de este trabajo. Es que la noción de autonomía personal, además de ser más concreta y asequible, se encuentra más ligada a la apreciación subjetiva

que la persona tiene de sus propios intereses y del plan de vida que desea llevar a cabo. Y consistentemente con ello, resulta sumamente relevante para justificar conductas, el principio, o “subprincipio” de dignidad de la persona, ya que aparece como una derivación del de autonomía personal.

Lo expuesto en el anterior párrafo no implica desechar el concepto de “dignidad-restricción” como limitante o prohibitivo de ciertas conductas, ni admitir sin reparos el de “dignidad-empoderamiento” como extensivo o permisivo de otras. La conclusión más acertada parece ser aquélla que confiere, tanto a la “dignidad-restricción” como a la “dignidad-empoderamiento”, un papel prevalente en los conflictos de derechos, en la medida en que ambas coadyuven a potenciar la autonomía de la persona en cuanto capacidad de autodeterminar el propio plan de vida, partiendo, claro está, de la premisa de no invalidar o suprimir planes de vida ajenos.

7) La cuestión en el Código Civil y Comercial:

El Código Civil y Comercial alude al concepto de dignidad humana en varios de sus artículos, con la idea de “dignidad-restricción”, en cuanto se considera que existen derechos indisponibles que su titular no puede ceder bajo ningún concepto. Ya he aludido en el punto 2 a los artículos 51 y 52 que volveré a examinar, sin embargo antes en orden numérico se pueden citar otras normas. El artículo 17 establece: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”. Lo establecido se encuentra en línea con el texto del artículo 16 que alude al concepto constitucional de propiedad. Es que si consideramos que el cuerpo humano hace al propio sujeto y a su vida, se trata de un bien que no es susceptible de valor económico y por ello resulta ajeno al concepto de propiedad. Esta norma refiere claramente al concepto de dignidad como restricción, en cuanto se excluye del concepto de derechos

disponibles a determinados bienes como el cuerpo humano, y de acuerdo a lo que he sostenido precedentemente, la dignidad restricción sólo puede ser justificada desde la perspectiva del paternalismo legítimo y no del perfeccionismo. Es así que cabría justificar la norma del artículo 17 del nuevo código desde una posición jurídica que presume que quien “dispone” de su cuerpo se encuentra en una situación de inferioridad o debilidad moral o socioeconómica tal, que no se encuentra en condiciones de ejercer su autonomía personal y, en consecuencia, de decidir autónomamente el diseño de su plan de vida. Desde una interpretación amplia del concepto de cuerpo humano, la norma prohibiría el ejercicio de la prostitución de manera independiente, lo cual podría ser defendido desde una postura deferente a la prevalencia del principio de autonomía personal. Otro ejemplo conflictivo es el ya citado del “lanzamiento del enano” (27), dado que podría decirse que la persona enana se ve compelida a ejercer dicha actividad -en la cual pone en riesgo su vida y se somete al escarnio público- por la falta de otras oportunidades laborales debido a su singularidad física. Pero también es cierto que en muchos otros trabajos se pone en riesgo la integridad psicofísica de manera, quizás de manera mayor a la del caso comentado, a cambio de una mayor paga, y ello es socialmente aceptado.

Resulta muy relevante, a los fines de este trabajo el Capítulo 3 del Título I del Libro I del nuevo código. El mismo está ubicado en el título relativo a la “Persona Humana”, perteneciente a su vez al Libro I de “Parte General”. Este capítulo es titulado “Derechos y actos personalísimos” y consagra la recepción en el código de determinados derechos constitucionales. El artículo 51, ya aludido, dispone que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. La terminología es elocuente en recoger el ideario liberal igualitario, ya que hace referencia concreta a la inviolabilidad de la persona, principio considerado fundamental por Nino, y que según he intentado argumentar está implicado en el de autonomía personal. En cuanto al reconocimiento y respeto de la dignidad, más allá de la reminiscencia al derecho fundamental de “igual consideración y respeto”, según la

terminología acuñada por Dworkin, es claro que no se trata del principio de dignidad personal del que habla Nino, en cuanto deben tomarse en serio las decisiones de la persona por las cuales admite perder derechos o contraer obligaciones a fin de imprimir libremente una dirección a su plan de vida. La dignidad a la que hace referencia la norma es la “dignidad-restricción”, no la “dignidad-empoderamiento”, y dicha dignidad-restricción sólo se justifica en la medida en que importe la concreción de un ideario paternalista legítimo, esto es que la restricción a tomar decisiones que se impone a la persona encuentre su fundamento en que se impida a que ésta se vea obligada a aceptar determinadas situaciones disvaliosas para su autonomía. Por ello habría sido más apropiado que en lugar de dignidad se hubiera establecido que la persona tiene derecho al reconocimiento y respeto de su autonomía.

Lo mismo cabe decir en cuanto al artículo 52, cuyo texto que reza: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”. Se utiliza el sustantivo “dignidad” unido al adjetivo “personal”, con lo que se presentan los problemas de la indeterminación del concepto. Y más aun cuando se refiere a la lesión a otros derechos como los mencionados, para luego utilizar una fórmula residual en cuanto pueda resultar menoscabada la dignidad de cualquier otro modo. Parecería entonces que los derechos enumerados -intimidad, honra, reputación, imagen e identidad- integran el concepto de dignidad, pero no son los únicos que así lo hacen. A ello debe sumarse que en el caso de conflictos de derechos, concretamente con la libertad de expresión, no siempre estos derechos prevalecerán, ya que, en aplicación de la doctrina de la “real malicia”, y desde una perspectiva constitucionalista, habrá situaciones en las que el derecho al honor y a la imagen deberán ceder, y en algunas otras -aunque menos- también habrá de hacerlo el derecho a la intimidad. Para justificar tales prevalencias, entiendo que el fiel que incline la balanza a favor de uno u otro derecho en conflicto debe ser la autonomía personal y no la

dignidad.

El artículo 53, en la medida que hace depender del consentimiento del interesado la posibilidad de captar o reproducir su imagen o voz, resulta un claro reconocimiento al principio de la autonomía personal. El artículo 54 dispone que “No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuada a las circunstancias”. Esta norma presenta la oposición entre “dignidad-empoderamiento” y “dignidad-restricción”. Si se toman las medidas de seguridad y prevención adecuadas, y una persona acepta libremente realizar un determinado trabajo peligroso, que se supone que a cambio le va a generar una remuneración que justifique “correr” el riesgo, ¿se puede desde la “dignidad-restricción” prohibir ese contrato, en definitiva, restringir la “dignidad-empoderamiento”? Nadie vetaría que se contraten personas para limpiar vidrios de edificios de ochenta pisos, pero censuramos el trabajo en el “lanzamiento del enano”, ¿por qué? Esto revela que la pauta para prohibir o no un empleo no es sólo el “peligro” para la salud o vida del trabajador, parece que quien limpia vidrios cumple una función necesaria, mientras que el público se mofa del “enano”. Es posible, pero en este último caso, ¿se podría condenar a no trabajar a una persona enana cuando la sociedad no le ofrece un mejor empleo y que él acepta libremente y no lo percibe como indigno? Reitero aquí que, dadas las particularidades del caso, el supuesto no es comparable con el trabajador que admite trabajar en condiciones de horario e higiene que repercutan negativamente en la autonomía de los demás trabajadores de la actividad -situación que sí se presenta en el citado precedente Lochner-. Lo cierto es que se trata de una norma de muchísima pertinencia para los conflictos a presentarse alrededor de la libertad de contratar.

El artículo 55 admite el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, estableciendo que dicho consentimiento no se

presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. Se trata de una norma que, debido a la trascendencia de los derechos personalísimos, no permite presumir su disposición. Y limita esta última a través de la ley, la moral y las buenas costumbres. La dificultad que se aprecia con la alusión a la moral y las buenas costumbres radica en que se trata de estándares que necesitan la encarnadura de los derechos para que puedan servir de pauta legítima de conducta, ya que si no corren el riesgo de devenir en “continentes vacíos” que pueden ser llenados con contenidos conceptuales muy variables. En cuanto a la ley, la dificultad que se puede presentar es que una que prohíba la disposición de estos derechos sea atacada de inconstitucional justamente porque prohíba al titular de los mismos disponer de ellos porque éste considere que de esa manera se restringe su autonomía. Nuevamente aquí se presenta la idea del paternalismo legítimo en cuanto sólo desde dicha perspectiva podría justificarse una restricción a la libre y voluntaria decisión de disposición del sujeto de los derechos. No obstante los reparos señalados, dada la íntima vinculación de los llamados derechos personalísimos con la autonomía, la directiva general de la norma en cuanto no presume el consentimiento y prescribe su interpretación restrictiva, aparece justificada.

Resulta consistente con lo anterior la norma del artículo 56 en tanto prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente en su integridad, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, lo cual, a su vez, es consistente con la idea de dignidad personal en cuanto se decide libremente ceder derechos en pos de la autonomía personal o de otros. Es de recordar con relación a esto último, el precedente de la Corte Federal Saguir y Dib (28), en el cual se autorizó a una joven a quien le faltaban unos meses para cumplir la edad mínima de dieciocho años para consentir la donación de un órgano, a que se le practique la ablación de un riñón para que se le trasplante a su hermano menor de edad cuya vida estaba en serio peligro.

Como se puede apreciar de la reseña efectuada, el interrogante que se plantea en torno al concepto de dignidad humana como “dignidad-restricción”, es que al ser un concepto objetivo, indisponible, no permite disponer libremente de ciertos derechos. Y justamente en dicha disposición radica el núcleo del principio de dignidad personal elaborado por Nino, que se acerca a la “dignidad-empoderamiento”, cuya una limitación podría justificarse desde una perspectiva del paternalismo legítimo a fin de que se no se tomen decisiones que reduzcan la capacidad de autodeterminar el propio plan de vida, es decir que no se afecte la autonomía personal.

8) La indisponibilidad de los derechos personalísimos:

La normativa ligeramente explorada en el punto anterior se inspira en la idea de que los derechos personalísimos son indisponibles. Recurro nuevamente a las lúcidas reflexiones de De Lorenzo. Este autor examina cuidadosamente el conflicto que se presenta en los contratos que afectan la dignidad de la propia persona, en cuanto abdicación de un derecho fundamental en el mismo contrato. Así se interroga acerca de si es válido consentir la disposición de derechos fundamentales y presenta diversos ejemplos. Se pregunta si un contrato de “reality show” puede prever la prohibición de ejercer derechos políticos a los participantes por un tiempo después de finalizado el show; o si en un contrato de locación se prohíbe al locatario hospedar en forma no temporaria a personas sin parentesco con el mismo; o si la persona puede contratar la exhibición degradante de su propia imagen (29).

Considera que resulta difícil de sostener que los derechos fundamentales sean absolutamente indisponibles, ya que se acepta que se disponga de la integridad física en un exhibición de boxeo, o de la privacidad en un “reality show”, o el ejemplo más trascendental de disponer de la propia salud o vida al decidir rechazar un tratamiento o intervención quirúrgica. Es por ello que prefiere hablar de indisponibilidad relativa, lo que lo lleva a afirmar que no existen bienes -o derechos- indisponibles a priori o en abstracto, por lo que propugna que la disposición o renuncia debe evaluarse en función del

derecho personalísimo en concreto y del fin de dicha renuncia. El límite a dicha “relatividad” estaría dado, siempre según De Lorenzo, por la inadmisibilidad de la renuncia a los derechos fundamentales en su totalidad, o la abdicación del núcleo sustancial del derecho en cuestión, o la renuncia que lesiona medularmente la dignidad de la persona, las buenas costumbres o el orden público (30), concepto que se ve reflejado en el artículo 55 del Código Civil y Comercial.

Comparto la idea postulada por De Lorenzo en líneas generales, con los reparos que me merecen los conceptos de dignidad, buenas costumbres y orden público, en tanto, al no reflejar una entidad o derecho sustantivo, pueden ser considerados como conceptos con contenido sumamente ambiguo y, en consecuencia, diverso. En cuanto al límite dado por la renuncia a los derechos fundamentales en su totalidad es un argumento plenamente consistente con la prevalencia de la autonomía personal en tanto importaría abdicar de la capacidad de decidir el propio plan de vida. Distinta consideración me merece la valla que se plantea a la disponibilidad de los derechos representada en la abdicación del núcleo sustancial del derecho en cuestión. Es que basta pensar en el rechazo de un tratamiento para mitigar una enfermedad terminal, sobre lo cual existe generalizado consenso en ser aceptado como un ejercicio legítimo de la autonomía personal, y el mismo implica la abdicación del núcleo sustancial del derecho a la vida. Este razonamiento nos lleva nuevamente a lo dirimente que se nos presenta el principio de la autonomía personal en este tipo de conflictos.

De Lorenzo no desatiende este razonamiento, advirtiendo que la renuncia a un derecho personalísimo en el marco de un contrato debe ser siempre ad referendum del orden público humanista que enerva cualquier acuerdo que implique la deshumanización y cosificación de la persona involucrada (31). Nuevamente aquí comparto la idea en términos generales mas reemplazaría los conceptos de “deshumanización” y “cosificación” por la referencia más concreta a la autonomía de la persona en cuanto la valla al consentimiento a la renuncia de los derechos está dada por la

abdicación de la capacidad de autodeterminar el propio plan de vida. La dificultad que encuentro en los términos “deshumanización” y “cosificación” radica en que es muy factible que no exista un consenso homogéneo en cuanto su contenido y alcance, por lo que debe prevalecer lo que el propio interesado decida sobre su proyecto de vida, en la medida en que ello no afecte su propia capacidad de decisión ni genere un efecto deletéreo para la capacidad de autodeterminación de planes de vida ajenos. La valla o el límite estarán dados por una visión paternalista legítima pero no perfeccionista.

En continuo “diálogo” con De Lorenzo, nuestro autor alude justamente a que la autodeterminación como reflejo de la autonomía personal resulta insuficiente por sí sola para justificar la abdicación de un derecho fundamental en el marco de un contrato, ya que eso sólo puede justificarse por un fin loable. En tal sentido se vuelve a aludir al caso del “lanzamiento del enano” como ejemplo de “contrato deshumanizante”, en tanto se pactaba la exhibición degradante de la propia imagen. Otros ejemplos, siempre citados por De Lorenzo, son los contratos de chat lines eróticas y de peep-show fall -consistente en la exhibición pornográfica de una mujer encerrada en una cabina y que es observada por espectadores a través de ventanas que se abren al ingresar una ficha-. Lo interesante de estos ejemplos, según el autor, consiste en que el alcance del concepto objetivo de dignidad era cuestionado por las personas que contrataban la exhibición “degradante” de su propia imagen. La respuesta de los tribunales para convalidar la prohibición de estos contratos fue consistente con el único fundamento posible, esto es, que la dignidad humana es un valor objetivo que no depende de la propia estimación del interesado, por lo que más que un derecho del ser humano es un derecho de la humanidad (32).

De Lorenzo refiere a la postura crítica de esta “objetivación” de la dignidad, y repara que el problema de esta cuestión radica en la dificultad de definir el concepto de dignidad, ya que definirla implica determinar aquello que hace a la humanidad de un ser humano (33), lo que se aproxima a lo que intuitivamente propugnara en el punto 2 de

este trabajo respecto a la identificación de dignidad humana con naturaleza humana, y la falta de consenso respecto a sus notas definitorias. Nuestro autor repara en que la clave del problema planteado pasa por la relación entre la dignidad humana y la autonomía personal. En ese orden admite que la primera no debe hacer abstracción de la segunda, mas no existe identidad entre ellas, ya que ello equivaldría a profesar una moral del consentimiento. Para corroborar esta afirmación, menciona que resulta inadmisibile que una persona se someta al estado de esclavitud por contrato o que para asegurar el bienestar familiar acepte enajenar un órgano (34). Comparto los ejemplos citados, pero nuevamente aquí entiendo que los mismos pueden ser justificados desde una visión paternalista legítima compatible con la idea de autonomía personal, en cuanto es dable presumir que quien consiente dichos contratos, se encuentra en un estado de necesidad tal que le impide tener la capacidad de autodeterminar su proyecto de vida, o bien puede generar un efecto deletéreo por ejemplaridad en la capacidad de determinar los proyectos de vida de los demás.

Sí encuentro acertado lo afirmado por De Lorenzo en cuanto a que si la dignidad fuera equivalente a la autodeterminación, quienes aun no la han adquirido por inmadurez, o quienes la han perdido o nunca la adquirieron por alteraciones psicofísicas, carecerían de toda dignidad y por ello de todo derecho. Si bien la advertencia es acertada, nuevamente la alusión al concepto de dignidad se presenta como sumamente vago. En todo caso, y siempre en correspondencia con la autonomía personal, en el caso de quienes aun no adquirieron la autodeterminación, se debe procurarles las herramientas necesarias para que lo hagan en el futuro, y así determinar su plan de vida. Y en cuanto aquellos que se ven afectados por alteraciones psicofísicas, considero que si se alude a autonomía personal como mera autodeterminación del plan de vida, obviamente quedarían excluidos como titulares de derechos. La pregunta aquí sería ¿por qué consideramos valioso que dichas personas gocen, en la medida de sus posibilidades, de desarrollar determinadas actividades y de interactuar con los demás en relaciones que involucran los sentimientos y el

afecto más que lo cognitivo?. Una respuesta posible es que, dentro de las limitaciones que presentan dichas personas, su vida es más “autónoma”, si se les otorga las herramientas necesarias para que puedan desarrollar tales relaciones. Entiendo que el Código Civil y Comercial se inscribe en esta concepción al regular las restricciones a la capacidad en los artículos 31 a 50.

9) Conclusiones:

Culmino con algunas conclusiones tentativas. La noción de una dignidad humana objetiva no toma en cuenta la percepción de la propia persona respecto de sus deseos e intereses, y por ende de su elección del plan de vida que pretende desarrollar. Si se pretende conferir un carácter basal a la dignidad humana, en cuanto fundamentación de los derechos personalísimos, entiendo que dicha función la explica de manera más asequible y concreta el principio de autonomía personal, ya que de ella se pueden derivar los derechos fundamentales que permiten la posibilidad de autodeterminar nuestro plan de vida.

De manera consistente con lo anterior, cabe considerar a nuestra libertad de contratar, como expresión del principio de dignidad personal -no de dignidad humana-, esto es, de nuestra capacidad de disponer de bienes y derechos en pos de desarrollar nuestra autonomía de acuerdo a la elección de nuestro proyecto de vida. En tal sentido, las limitaciones justificables a dicho principio, y en consecuencia a la libertad de contratar, sólo pueden estar fundadas en pos de la autonomía personal, lo que conlleva fundarlas en una concepción paternalista de prohibiciones, a fin de que la persona no vea “recortadas” sus posibilidades de elección del proyecto de vida deseable.

De acuerdo a lo que se viene razonando, la regla general en materia de disposición de bienes y derechos, aun de los personalísimos, debiera ser la permisión de dicha disposición, salvo que la misma afectase de manera real la capacidad de autodeterminación del titular, o que tenga un efecto deletéreo y

concreto en la capacidad de autodeterminación de los demás. Ocurre que, la vinculación íntima de los derechos personalísimos con la autonomía personal, permite presumir, en muchas ocasiones, que su renuncia o abdicación, importa un debilitamiento o afectación de la referida autonomía.

Bibliografía

- (1) Bidart Campos, Germán J.: “Teoría general de los derechos humanos”, Ed. Astrea, 1991, pág. 72.
- (2) Bidart, ob. cit., págs. 73/74.
- (3) Bidart, ob. cit., pág. 76.
- (4) Saux, Edgardo Ignacio en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.): “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, Tº I, pág. 276.
- (5) Saux, ob. cit., pág. 281.
- (6) Nino, Carlos Santiago: “Fundamentos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, 2000, págs. 203/206.
- (7) Nino, ob. cit., págs. 208/209.
- (8) Nino, ob. cit., pág. 211.
- (9) Nino, Carlos Santiago: “La constitución de la democracia deliberativa”, Ed. Gedisa, 1997, págs. 75/77.-
- (10) Bouzat, Gabriel: “El derecho como un sistema de razones para la coacción”, en Alegre-Gargarella-Rosenkrantz: “Homenaje a Carlos S. Nino”, Ed. La Ley, 2008, págs. 143/145.
- (11) Nino, Carlos Santiago: “Fundamentos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, 2000, págs. 78/79.
- (12) Nino, ob. cit., 80/81.
- (13) Nino, ob. cit., pág. 82.
- (14) Nino, ob. cit., pág. 80.
- (15) Nino, Carlos Santiago: “Ética y derechos humanos”, Ed. Astrea, 1989, pág. 205.-
- (16) Nino, ob. cit., págs. 208/211.-
- (17) Nino, ob. cit., págs. 413/417.-
- (18) Nino, ob. cit., pág. 287
- (19) Nino, ob. cit., págs. 292/295.

- (20) 198 U.S. 45 (1905).
- (21) Dorsen, Rosenfeld, Sajó y Baer: “Comparative constitutionalism”, Thomson-West, 2003, págs. 1192/1194.
- (22) Heldrich, Andreas y Rehm, Gebhard: “Importing Constitutional Values through Blanket Clauses”, en Friedmann, Daniel – Barak-Erez, Daphne: “Human Rights in Private Law”, Hart Publishing, 2003, págs. 124/125.
- (23) De Lorenzo, Miguel Federico: “Contrato, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, LL, 2011-E-1259.
- (24) Brownsword, Roger: “Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity”, en Friedmann y Barak-Erez, ob. cit., págs. 183/184.
- (25) Brownsword, ob. cit., págs. 183/184.
- (26) Brownsword, ob. cit., págs. 191/193.
- (27) Brownsword, ob. cit., págs. 191/193.
- (28) CSJN, Fallos: 302:1284.
- (29) De Lorenzo, ob. cit., pág. 1265.
- (30) De Lorenzo, ob. cit., pág. 1266.-
- (31) De Lorenzo, ob. cit., pág. 1268.-
- (32) De Lorenzo, ob. cit., págs. 1269/1270.-
- (33) De Lorenzo, ob. cit., pág. 1271.-
- (34) De Lorenzo, ob. cit., pág. 1274.-

Consideraciones jurídicas sobre el concepto de “lawfare”

por Aldo Luis De Cunto.

Publicado en: Boletín Informativo de la Facultad de Ciencias Económicas UNPSJB, 17 de junio de 2020.

Texto provisto por el autor.

Sumario:

1) Introducción.- 2) Acerca del concepto de “lawfare” y su uso en nuestro país.- 3) El “lawfare” y la doctrina de la real malicia.- 4) Los efectos ¿no deseados? de la invocación del “lawfare.-

1) Introducción.

El propósito de este trabajo es poner de relieve la esterilidad del concepto de “lawfare” como concepto jurídico, en cuanto carece de efectos o consecuencias en el ámbito del derecho. A tal fin comenzaré por tratar de perfilar dicho concepto, de por sí de contenido impreciso y fronterizo entre lo estrictamente político y lo jurídico, para luego intentar explicar que en el campo del derecho no importa un aporte novedoso ni eficaz a los fines de ser invocado como defensa o fundamento de determinadas pretensiones a ejercer en el ámbito judicial. Más allá de alguna referencia al derecho penal, me interesa profundizar el eventual rol de este concepto en el campo de la responsabilidad civil y evidenciar que ese rol hoy lo ocupa la doctrina de la “real malicia”, receptada por la jurisprudencia más connotada. Además pretendo destacar los efectos deletéreos que el concepto de “lawfare” puede acarrear para el ejercicio del derecho constitucional de libertad de expresión y, en consecuencia, para el correcto funcionamiento del sistema democrático.

2) Acerca del concepto de “lawfare” y su uso en nuestro país.

El concepto de “lawfare” resulta de por sí impreciso debido a la conjunción de elementos descriptivos de diverso origen que lo componen, a lo que debe sumarse su invocación para cuestionar un particular accionar de los medios de difusión y del poder judicial. Se ha señalado que la palabra inglesa “lawfare” es de reciente acuñación, siendo una contracción gramatical de “law” (ley) y “warfare” (guerra). Más allá de su origen anglosajón, dado el uso peculiar que se hizo del mismo en nuestro ambiente político, sigo en esto a Bielsa y Peretti, quienes defienden el uso del término -y principalmente la invocación del concepto-, de acuerdo a la corriente generalizada que lo esgrime en nuestro país. Estos autores lo definen como el uso ilegítimo que puede hacer el Poder Judicial del derecho nacional o internacional con la finalidad de dañar a un oponente, en la lucha para obtener determinado objetivo político como la exclusión de una candidatura a cargos públicos. Más adelante amplían el significado, señalando que es la distorsión en la aplicación de la ley ejecutada por jueces al servicio del poder político-económico-mediático, que persigue a los opositores al modelo de apropiación inequitativa. Es una guerra judicial, cuya principal artillería es la manipulación de los magistrados y de su tarea de impartir justicia. Los protagonistas del “lawfare” nunca son las leyes, sino los jueces que las interpretan sesgadamente al servicio del poder. Y aludiendo a la historia política latinoamericana -aunque bien puede extenderse a otros ámbitos geográficos- advierten que los magistrados han sido cooptados en reemplazo de los militares, ya desacreditados por la violación a los derechos humanos durante las dictaduras; siendo lo nuevo el desenfado y protagonismo que adquiere la camarilla judicial, ejemplificando este accionar en la persona del juez brasileño Sergio Moro (1).

La definición reseñada sugiere el siguiente análisis. Se caracteriza a esta práctica como un uso ilegítimo del derecho nacional e internacional que realiza el poder judicial. Este primer aspecto implica un accionar antijurídico que importa una aplicación errónea o

equivocada del derecho -lo que implica básicamente del texto constitucional, convencional y legal-. Ahora bien hasta aquí podría tratarse de una aplicación incorrecta, como tantas veces puede acontecer en las que, debido a las propias limitaciones humanas, los jueces pueden errar en sus decisiones, es decir que pueden equivocarse de “buena fe”, y ello es tan previsible que determina la existencia de distintos recursos en el ordenamiento procesal que permita la revisión de tales decisiones. Por lo demás es harto conocido que el derecho es susceptible de interpretación, y en muchas ocasiones, la revocación de decisiones por parte de un tribunal de alzada no se vincula con la “ignorancia supina” o “error evidente” del juez de grado, sino con una interpretación diversa de las normas. La existencia de disidencias en los tribunales colegiados viene a ratificar esta última hipótesis.

Sin embargo es claro que los autores no se refieren a ese tipo de errores, y en realidad la calificación de “ilegítimo” del uso o aplicación del cuerpo normativo, excede el mero error o equivocación de “buena fe”. Con dicha adjetivación se quiere señalar que se presenta un uso intencional del orden jurídico para provocar un daño. Se trata de una conducta dolosa, de una aplicación errónea de las normas “a sabiendas” del error. Esto último revela que la acción que se intenta precisar se solapa o coincide con el tipo penal del prevaricato. El artículo 269 del Código Penal tipifica dicho delito como el accionar del juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas. A su vez el artículo 270 especifica este delito para el caso de que la conducta del juez se concrete en el dictado de prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que la prolongue ilegalmente. Otro tanto puede decirse de una particular especie del delito de cohecho, como el definido en el artículo 257 del mismo código que tipifica la acción del juez que aceptare promesa o dádiva para dictar o demorar u omitir una resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia. Es claro que en ambos casos se trata de delitos dolosos y en ese sentido se da la “coincidencia” con este aspecto de la caracterización del “lawfare”.

En la definición se sigue diciendo que ese uso ilegítimo del derecho tiene la finalidad de dañar a un oponente y que se da en la lucha para obtener determinado objetivo como la exclusión de una candidatura a cargos públicos. Que la acción se realice para un determinado objetivo se adecua a una teoría finalista de la misma, lo cual importa un concepto neutro. Ahora bien ese objetivo es el de dañar a un oponente. Aquí podría encontrarse cierta incongruencia en el concepto, porque si hasta ahora se estaba ante una acción del poder judicial, al señalarse que el objetivo de dicho accionar consiste en dañar a un oponente, literalmente se piensa en el oponente del juez que lleve a cabo la acción, ya que resulta impensable considerar a un oponente del poder judicial como órgano del Estado. Pero ese daño es ejemplificado con la exclusión de una candidatura a cargos públicos. No se trata de un ejemplo excluyente, sin embargo dado que antes se había mencionado al juez Sergio Moro, es claro que este objetivo de excluir a determinadas personas -concretamente dirigentes políticos- de ciertas candidaturas, resulta el ejemplo más paradigmático de los objetivos que se buscan con el lawfare. De ello se puede colegir que el “opponente paradigmático” de los jueces, que tienen en vista los autores, se trataría de un dirigente político. Si volvemos al ejemplo de Sergio Moro, lo cual necesariamente se vincula al impedimento del ex presidente brasileño Luiz Inácio da Silva para presentar su candidatura presidencial, se entiende que el “opponente dañado” no es tanto un oponente del juez que incurre en “lawfare”, sino el oponente de otro dirigente político o de cierto sector político, quien busca impedir que su antagonista se presente a una competencia electoral. Si pasamos de lo más concreto a lo más abstracto del concepto, se puede inferir que el accionar del poder judicial que se impugna tiene por objetivo perjudicar a una persona o varias, a fin de frustrar su carrera política o, de manera más general, para desacreditarla socialmente.

Esto último se esclarece con la ampliación que los autores desarrollan en el sentido de que el “lawfare” es una distorsión en la aplicación de la ley que ejecutan jueces al servicio del poder político-económico-mediático que persigue a los opositores al modelo de apropiación inequitativa. Esta aclaración da por tierra la pretensión de

utilizar el concepto desde una perspectiva jurídica o legal, en el sentido de norma general impersonal, con independencia de las ideas políticas de aquéllos a los que comprende la norma. Es que se ha explicitado que la categorización como “lawfare” sólo aplica al accionar ilegítimo de aquellos jueces que con dicha conducta buscan dañar, política o socialmente, a opositores al modelo de apropiación inequitativa. Obviamente que no está claro qué significa el “modelo de apropiación inequitativa”, ya que si existe un concepto jurídico indeterminado por antonomasia, ése es el de “equidad”. Con todo, en la conceptualización se alude al accionar de jueces al servicio del poder político-económico-mediático. Esta caracterización, si se la analiza desde una perspectiva fáctica, tampoco resulta esclarecedora, porque ello dependerá de cada realidad histórico-política. Obviamente dicho poder político-económico-mediático no es el mismo en el Reino Unido, que en Rusia o China. Lo mismo podría decirse de Colombia, Chile y Cuba o Venezuela, por mencionar países de la región con distinto tipo de estructura socio-política. Además el poder político no siempre coincide con el económico ni con el mediático. La referencia al poder mediático parece referirse a aquellos medios que cuentan con mayor poderío económico, y en consecuencia tienen una mayor posibilidad de “hacer oír su voz”, “silenciando” otras voces. El razonamiento sería que los medios con mayor poderío económico, despliegan su expresión a través de mayores herramientas de comunicación -multimedios-, por lo tanto la población los escucha más, y como consecuencia de ello “cree” en la información y opinión que le brindan. De allí que se hable de “medios hegemónicos”. Sin embargo ello no significa que la población que “consume” tales medios, se comporte electoralmente de acuerdo a los deseos de los dueños de los mismos. Entiendo que los países latinoamericanos son ejemplos que contradicen esta hipótesis, ya que fuerzas de izquierda o centroizquierda han accedido al gobierno electoralmente, a pesar de que los “medios hegemónicos” propalen su apoyo a otras fuerzas políticas.

Con todo la lectura de la obra, en la que se hace un parangón entre la difamación y persecución político-judicial sufrida por los

pequeños chacareros que protagonizaron el “Grito de Alcorta” en 1912 y por ciertos funcionarios de la administración nacional que se desempeñaron en la misma durante los años 2003 a 2015, permite considerar, de manera indubitada, que los damnificados por el “lawfare” son dirigentes políticos y sociales que expresan como objetivo principal de su accionar sociopolítico, un reparto más igualitario de los recursos económicos (2). Los autores lo expresan al indicar que los dirigentes perseguidos son “opositores al modelo de apropiación inequitativa”. Esta caracterización tiñe de subjetividad la definición. Es que si el concepto de “lawfare” se vincula con la persecución a un sector de actores políticos que tienen una determinada ideología respecto a la distribución de los recursos económicos de una manera igualitaria, y este concepto tiene pretensión de juridicidad, debería construirse otro concepto jurídico que a modo de “espejo” defina la persecución judicial-mediática que puedan llegar a sufrir los actores políticos que planteen otro tipo de distribución de los recursos económicos. Salvo que ello no pueda darse como hipótesis fáctica, lo cual me atrevo a poner en duda de acuerdo a la experiencia de ciertos regímenes políticos, y pongo como ejemplo paradigmático el de Venezuela, donde sistemáticamente se persigue y encarcela a opositores caracterizados como “de derecha”, con el consiguiente efecto de impedir sus candidaturas electorales, entre otras intenciones.

Otra cuestión que se presenta en el concepto analizado, es que se comienza por atribuir el accionar ilegítimo a los jueces, lo cual, como vimos, solapa el concepto con los de los delitos de prevaricato y cohecho. Sin embargo se amplía el “universo” de agentes del “lawfare” a los “personeros del poder “político-económico-mediático”, quienes utilizan a los jueces, de quienes se dice han sido cooptados, como antes se cooptaba a los militares. En el caso de que el accionar se achaque a personas distintas a los jueces, como a dirigentes políticos, empresariales, económicos, periodistas, encuentro que se trata de conductas que también se solapan con ciertos tipos penales. En este caso puede tratarse de los delitos de calumnias, injurias y falsa imputación de un delito, de acuerdo a los artículos 109

a 114 del código penal; del delito de extorsión (artículos 169 y 170), de falsa denuncia (artículo 245), de falso testimonio (artículos 275 a 276 bis), entre otros.

El análisis precedente me conduce a concluir que el concepto de “lawfare” es utilizado en nuestro ámbito con una particular intencionalidad política partidaria. Me explico. Al señalar que su uso se encuentra teñido de intencionalidad política partidaria entiendo resaltar la ajenidad del concepto al ámbito jurídico. Con ello intento expresar que es un concepto estéril para ser utilizado como fundamento en una exposición de motivos de un acto jurídico (ley, decreto, reglamento, resolución, etc.), ni como razonamiento válido en una decisión judicial. Es que la ley, el acto administrativo, o la sentencia, exigen como fundamento una argumentación que analice la conducta humana en base a presupuestos “aideológicos”. Esto significa que si se pretende enrostrar una conducta disvaliosa en un acto jurídico, el Estado de Derecho exige que se califique la conducta y no la ideología del agente, no está permitida la acepción de personas. Los actos del poder estatal deben ser impersonales, no tener “nombre y apellido”. Es claro que el acto administrativo particular y la sentencia tienen nombre y apellido, porque son actos concretos, referidos a sujetos identificados. En realidad cuando señalo que los actos del poder del estado no deben reflejar “acepción de personas”, mi intención es destacar que no deben discriminar por razones inválidas, entre ellas la ideología. Ello es tan básico como fundamental, como que dicha discriminación está vedada por los artículos 16 de la Constitución Nacional, 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen el derecho a la igualdad de manera general con alguna mayor o menor concreción en cuanto a los criterios inválidos para discriminar. Pero donde está expresamente reconocido que no se puede discriminar en base a la opinión política es en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que expresamente dispone que los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto, sin

distinción de opinión política o de otra índole. Otro tanto cabe expresar del artículo 1 de la ley 23592, que prohíbe discriminar, entre otros motivos, por razones de ideología y opinión política.

Es claro que si las únicas víctimas de la “práctica” del “lawfare” son quienes buscan un “reparto más igualitario de los recursos económicos”, parecería que quienes no compartan ese tipo de reparto sí pueden ser sujetos pasivos de tal práctica, aunque ello importe difamación o persecución política. Sería muy torpe considerar una interpretación del concepto tan unilateral, pero así se expresó en la obra aludida. Esta visión unilateral de la difamación es expresada de manera clara por Gargarella, quien critica el concepto señalando que parte de hechos trivialmente ciertos, como la existencia de vinculaciones entre política y Justicia, para concluir que los males padecidos se deben a que la parte “mala” del mundo conspira contra los propios por razones aviesas y antinacionales, a lo que agrega que es una idea de nulo estatus académico (3). En un breve debate entre este autor y Bielsa, este último le objeta que no admita la práctica del “lawfare”, que en Argentina puede remontarse a comienzos del siglo XX, tal como se ejemplifica con las difamaciones mediáticas a quienes apoyaron el “Grito de Alcorta” en la obra de su coautoría. En cuanto a esta práctica, y tomando conceptos expuestos por Gargarella, identifica diversos “vértices” que hacen operativa la misma: un vértice político poderoso que busca autopreservarse, un segundo vértice que desafía al primero, que buscará seducirlo, comprarlo y encarcelarlo. Menciona un tercer vértice compuesto por el caudaloso sistema de medios de comunicación, al servicio del primero, que empieza a demonizar al segundo con secretos privados, provistos por un cuarto vértice que son los servicios de inteligencia. Esta maquinaria se completa con un quinto y último vértice, que sería el juez, quien munido de las estigmatizaciones, de manera “anómala pero esperable”, le dicta una prisión preventiva. Bielsa considera que eso es “lawfare” en estado puro, que caracteriza no como una doctrina, sino como una práctica fácilmente reconocible (4).

Lo cuestionable es que, más allá de que se trate de un

concepto o práctica, se reitera la visión unilateral, al identificarse un segundo “vértice virtuoso”, frente al que se unen en una “práctica viciosa” -lawfare-, los otros cuatro vértices. Si consideramos la práctica y damos por cierta la existencia de los vértices que identifica Bielsa, Gargarella señala que no se explica por qué esa práctica, ese “mecanismo de vértices” funciona en un tiempo y no en el siguiente, ni qué motiva a los actores de ese mecanismo. Gargarella no niega la existencia de algunos de los vértices indicados pero objeta la unilateralidad ideológica de quienes esgrimen el concepto, ya que admite la existencia de jueces corruptos y “dependientes” de la política, de medios de comunicación poderosos, de dueños de medios relacionados con el poder y de políticos interesados en “dejar fuera de juego” a sus “enemigos”. Lo que cuestiona este autor es que ese mecanismo “maligno” de “vértices” sea unidireccional, es decir, que sólo se aproveche de él un determinado sector ideológico, sino que es consecuencia de un sistema de poder concentrado, que deja a todo gobierno en excelentes condiciones para “hacerle la guerra” a sus enemigos. De allí que la explicación del “lawfare” sólo puede dar cuenta de una parte del problema (5).

La circunstancia de que en nuestro país, sólo un sector ideológico esgrima esta teoría para cuestionar el procesamiento y detención de funcionarios de un determinado gobierno durante el mandato del gobierno de otro sector, refuerza la idea de que se trata de un concepto utilizado para invalidar determinados procesos judiciales, sin analizar en detalle si en los mismos se violaron derechos y garantías fundamentales, específicamente la presunción de inocencia o la defensa en juicio. Por lo demás con posterioridad al cambio de gobierno producido el 10 de diciembre de 2019, se está dando un proceso de liberación de determinados detenidos y de revocación de procesamientos, que -sin cuestionar su validez o no-, viene a dar razón a lo sostenido por Gargarella, en cuanto a que no se trata de un movimiento de unilateralidad ideológica, sino de concentración del poder en el Ejecutivo, frente al cual, determinados jueces y medios de comunicación se apresuran en mostrarse solícitos en agradar.

3) El “lawfare” y la doctrina de la real malicia.

De acuerdo a lo visto en el punto anterior, además del uso ideológico unilateral del concepto de “lawfare”, y de la referencia a su práctica, si se le quisiera brindar una aplicación estrictamente jurídica, desde el punto de vista del derecho penal, el mismo resulta estéril, ya que se superpone o solapa con diversos tipos penales que describen las conductas antijurídicas implicadas en el concepto en cuestión. Y como intenté señalar, ello se aplica tanto al accionar de magistrados, funcionarios públicos, o particulares como responsables de medios de comunicación o de producción. En este punto, en cambio, quisiera detenerme en la esterilidad del concepto en cuanto a su aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil, básicamente de la responsabilidad de los medios de comunicación, y de los periodistas, por sus publicaciones. Enfatizo este tipo de responsabilidad, dado que si se tratara de la responsabilidad civil de cualquiera de los otros actores de la práctica aludida -jueces, empresarios, dirigentes políticos, funcionarios de inteligencia- por sus acciones, coordinadas o no, con el fin de extorsionar, desacreditar o perseguir a quien es víctima de esta práctica, se trataría de una simple responsabilidad personal por el factor subjetivo de atribución de dolo, ya que habría una intención de causar el daño, tal como lo prevé el artículo 1724 del Código Civil y Comercial. Sólo como ejemplo de la relevancia de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, es de destacar que artículo 1771 del nuevo código unificado, que regula la responsabilidad por acusación calumniosa, mantiene la idea ya plasmada en los artículos 1089 y 1090 del Código Civil, ya que se responde sólo por dolo o culpa grave y por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o querrela si se prueba que no se tenían razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado. Ello importa un reconocimiento de la importancia de otorgar libertad a las denuncias o acusaciones con excepción de las claramente infundadas, a fin de no limitar el derecho de acceso a la justicia.

Si circunscribimos el examen en la responsabilidad de los medios de comunicación y de quienes trabajan en ello, ésta ha

merecido un análisis particular como un tipo de responsabilidad civil especial. Ello es así porque este tipo de responsabilidad involucra un conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos como el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen. Desde un punto de vista que podríamos denominar civilista o privatista, se ha considerado que si bien, la valoración debe efectuarse caso por caso, en principio corresponde dispensar máxima protección a aquellos derechos que, como la intimidad, el honor y la imagen de las personas, hacen a su dignidad, por lo que se propone como regla general que deban prevalecer respecto de otros derechos constitucionales como la libertad de expresión o el derecho a la información. Se argumenta para ello que el punto de partida de este razonamiento está emplazado en torno a la dignidad de la persona, y desde esta concepción deben potenciarse los esfuerzos que sean necesarios para salvaguardar los valores esenciales de la personalidad, que se ven permanentemente comprometidos por la tecnología y los modernos medios masivos de difusión (6). La alusión al concepto de dignidad personal aparece un tanto retórica, ya que se remite a un concepto de dignidad sin explicitarlo abiertamente. Es más, si con él se quisiera hacer referencia al concepto de autonomía personal, en tanto la capacidad de la persona de elegir libremente su proyecto o plan de vida, no resulta muy claro si el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad, siempre deban prevalecer sobre la libertad de expresión y de información. Es que para tomar decisiones relevantes a fin de elegir libremente un plan de vida, resulta altamente importante acceder libremente a determinada información, especialmente si se trata de cuestiones que hacen al común de la sociedad, y de poder expresar de manera libre y leal dicha información.

Ahora bien, esta postura que objeto, reconoce situaciones en las cuales pueda invocarse una causal de justificación para quien comete un daño a través de la publicación de determinada información. Así se señala que la causa de justificación más importante y frecuente que pueden invocar los medios de comunicación social para desvirtuar el juicio de antijuridicidad es el ejercicio legítimo y regular de su derecho de informar, lo cual remite a la disposición del

viejo artículo 1071 del código de Vélez, y a los actuales artículos 10 y 1718 del nuevo código unificado. Se distingue que el objeto de la información o de la comunicación, puede incluir conceptos diversos como hechos, ideas y opiniones, y que cuando se trata de hechos se indica que debe constatarse su existencia, siendo exigible al informador objetividad y exactitud. De allí que cualquier inexactitud debe ser “absorbida” por el medio, no debiendo “trasladar” el riesgo de la misma al protagonista de la noticia. En cuanto a la objetividad en la transmisión de la información se señala que no es suficiente la mayor o menor diligencia de quien informa. Desde esta óptica resulta consistente que se predique que el medio es responsable por las consecuencias dañosas de la publicación abusiva de una noticia verdadera, como la difusión con omisión de precisiones, ahondando innecesariamente en cuestiones intrascendentes, utilizando títulos que no armonizan con el contenido de la noticia, o términos asertivos en lugar de condicionales, con mengua de la reputación o de la reserva de las personas aludidas (7). La consecuencia de esta posición “privatista”, es que los medios son responsables por una mera o ínfima inexactitud en la información, incluso por el “énfasis” con que se presenta la noticia, por la omisión de ciertas precisiones, o por detallar cuestiones intrascendentes. Esta posición, llevada al extremo, conduce a que un medio sería responsable por cómo titular una noticia, en la medida que pueda generar alguna duda con relación al honor del protagonista.

Desde otra posición, se esgrime la doctrina de la real malicia. De acuerdo a Bianchi y Gullco (8), John Stuart Mill expresó las razones que aconsejan dar amplia libertad a la expresión de las ideas porque si se obliga a cualquier opinión al silencio, dicha opinión podría ser verdadera, ya que negar esto es suponer nuestra propia infalibilidad. Además, aun cuando la opinión silenciada esté equivocada, es posible que contenga una porción de verdad, y dado que la opinión dominante sobre cualquier tema raramente o nunca tiene toda la razón, sólo a través del choque de opiniones contrarias es que existe la posibilidad de que pueda aportarse el resto de la verdad. La teoría de Mill parece asumir que la verdad de ciertas opiniones

podrá, a la larga, ser determinada a través del proceso de la libre discusión (9).

La doctrina de la real malicia se vincula más a una concepción según la cual el principio de la libertad de expresión deriva de un acuerdo básico según el cual los asuntos públicos deben ser decididos por el sufragio universal, y si la soberanía reside en el pueblo, éste debe ser libre para criticar a sus gobernantes y recibir información concerniente a las funciones que desempeñan. Es sabido que esta doctrina fue orgánicamente aplicada por la Corte norteamericana en el célebre fallo “New York Times v. Sullivan” (10), donde recordó un “profundo compromiso nacional: el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y amplio, y que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradablemente agudos contra los funcionarios gubernamentales y públicos”. En “Roth v. United States” (11) también consideró que la garantía constitucional de la libertad de expresión “fue establecida a efectos de asegurar un libre intercambio de ideas para el surgimiento de cambios políticos y sociales deseados por el pueblo”; asimismo entendió que “la preservación de la oportunidad para la libre discusión política, con el fin de que el gobierno pueda resultar responsable ante la voluntad popular y que los cambios puedan lograrse a través de medios legítimos -algo esencial para la seguridad de la República- es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional” (12).

Nuestra Corte Federal, también ha destacado el vínculo entre la libertad de expresión y el sistema democrático. Así sostuvo que “Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aún cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica” (13). Y en cuanto a la distinción respecto a la protección del honor cuando el afectado es un funcionario o

personalidad pública, en cuyo caso el nivel de protección desciende, la Corte hizo radicar dicha distinción “...en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta ya que ‘...no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos...’ (Discurso del doctor Vélez Sarsfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención Constituyente del año 1860) y, en consecuencia, el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar...” (14).

De lo expuesto se puede inferir que la libertad de expresión resulta apreciada por ser un derecho relevante para el funcionamiento del sistema democrático, en tanto resulta valioso que todos participen y se puedan expresar respecto de las decisiones y cuestiones que hacen al interés colectivo o común, o sobre hechos que sin relacionarse estrictamente a cuestiones que hacen a la vida en común, por la materia o personas involucradas interesan a gran parte de la población. Bajo dicha consideración es que la doctrina de la real malicia se limita a información sobre hechos que hacen al desempeño de la función pública o la actividad de interés general de ciertas personas públicas.

Sobre la doctrina de la real malicia se ha dicho que si la libertad de expresión es fundamental para la subsistencia del sistema democrático, resulta fácil concluir que la afirmación de ‘hechos verídicos en temas de interés público’ -sobre todo cuando involucran a personalidades públicas- no puede ser objeto de sanción por el poder estatal. Esto es así aun cuando la afirmación pueda afectar, de algún modo, el honor de algunos de los involucrados. Es así que la tutela del honor y la reputación deben ceder ante la libertad de expresión. Ahora bien, donde encuentra mayor aplicación la doctrina de la real malicia es cuando se afirman hechos no verdaderos y lesivos al honor de terceros. En tales casos la eventual responsabilidad de quien emitió la noticia podrá ser juzgada sobre bases puramente objetivas o subjetivas. Para la primera óptica bastará con que la noticia se entienda

falsa -o simplemente no probada- para que proceda la responsabilidad, y desde la segunda será menester que además de la “no verdad” o inexactitud se concluya en que el agente informador actuó con un grado de culpabilidad tal que su conducta sea merecedora de un juicio de reproche (15). Este estándar subjetivo fue delineado por la Corte norteamericana en el citado antecedente “New York Times v. Sullivan”, donde estableció una federal rule según la cual un funcionario público que promoviera un reclamo indemnizatorio por falsedades difamatorias relativas a su conducta oficial, sólo podría tener éxito si probaba que la declaración que lo afectaba había sido hecha con actual malice, esto es, con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés (reckless disregard) acerca de si era falsa o no (16). Entre las distintas consideraciones, efectuadas por el citado tribunal en el mentado “leading case”, dignas de destacar, resalto que “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre y éste debe ser protegido a efectos de que la libertad de expresión tenga ‘el aire’ que ‘necesita...para sobrevivir’...El perjuicio a la reputación de los funcionarios no es mayor justificación para reprimir el discurso -que de otro modo sería libre- del que brindaría el error de hecho. En los casos en que los funcionarios judiciales se han visto afectados, esta Corte ha sostenido que el interés en la dignidad y la reputación de los tribunales, no justifica que se sancione como desacato penal a la crítica dirigida al juez o a su decisión...Esto es cierto aun cuando lo manifestado contenga ‘verdades a medias’ e ‘información equívoca’. De todo lo expuesto, Bianchi y Gullco, sintetizan la línea jurisprudencial de la corte norteamericana en que la doctrina de la real malicia se aplica cuando la persona afectada es pública -funcionario o personalidad pública- y el interés del tema es también público; en tales casos el actor damnificado debe probar la falsedad de lo informado y el factor de atribución es la conciencia de la falsedad o el temerario desinterés (17).

Es dable concluir que cuando el afectado en el honor -por la información inexacta- ha sido un funcionario público involucrado en un tema de relevancia pública, la doctrina de la Corte es clara. En primer lugar el factor de atribución es subjetivo, ya que para enrostrar

responsabilidad será necesario encontrar una conducta reprobable en el emisor de la información. En segundo término, cuando se da la conjunción funcionario público-tema de interés general o público, la subjetividad reprobable que genera responsabilidad debe responder al estándar: a) conciencia de la falsedad (dolo), b) total despreocupación acerca de la circunstancia de si la información es falsa o verdadera, es una responsabilidad subjetiva agravada. Dentro de este último supuesto cabe incluir a las culpas importantes o graves, siendo decisivo apreciar la sustancial actitud del informador frente a la búsqueda de la verdad, ya que si la ha perseguido lealmente, su proceder no queda descalificado por la contemporánea existencia de culpas menores, que, en ciertas actividades, son casi inevitables.

De acuerdo a esta doctrina, el análisis de la responsabilidad civil se conjuga con el de las causales de justificación, ya que no se es responsable si se causa un daño por ejercer legítimamente un derecho y “Lo que hace la Corte Suprema es, en definitiva, especificar las condiciones dentro de las cuales el derecho constitucional -de expresarse (o informar) libremente- es ejercido conforme a la Ley Fundamental. Y, consiguientemente, dentro de qué marco actúa como causa de justificación”. Es en ese nivel prioritario de la causa de justificación de raíz constitucional, que la Corte establece que hay tutela no sólo para decir “lo verdadero” sino también aquello que, aun no siéndolo, era creído ex ante verdadero. Ello, dadas ciertas condiciones que hacen a las personas y temas involucrados, y a que la conducta del informador no merezca un juicio de reproche, recibiendo un trato más laxo si se afecta a personas públicas, y más riguroso cuando se afecte a las privadas (18).

Ahora bien, caracterizada sumariamente la doctrina de la real malicia, el interrogante que se plantea es cuál es la relación de la misma con el concepto de “lawfare”. Si se deja de lado su utilización ideológica unilateral que lo invalida como concepto jurídico, tal como intenté explicar en el punto anterior, el “lawfare”, aplicado a la responsabilidad civil de los medios de comunicación, presenta muchas coincidencias con la “real malicia”. Es que si se limita la atención a las

acciones de los responsables de los medios de comunicación -uno de los vértices perniciosos, según Bielsa-, éstos serían responsables por publicar información falsa relativa a cuestiones de interés público que involucre a funcionarios o personajes públicos. Ahora bien, quienes defienden el uso del concepto de “lawfare”, o denominan de esta manera a dicha práctica, dan por sentado que dicha información falsa o incorrecta es publicada a sabiendas de su falsedad o incorrección, o con gran despreocupación por su cotejo o chequeo, amén de que se busca difamar o calumniar a la víctima de la práctica. Y este es el aspecto en el cual el concepto de “lawfare” se asimila a la doctrina de la “real malicia”. Lo paradójico es que dos construcciones teóricas o doctrinarias con las mismas o similares características, persiguen intenciones diversas, o al menos de ellas pueden derivarse diferentes resultados.

Como se intentó destacar en este punto, la doctrina de la “real malicia” se fue construyendo, básicamente de manera jurisprudencial, a fin de estimular el debate robusto respecto de las cuestiones que interesan a toda la comunidad, entre las que cabe señalar la actuación de los funcionarios públicos. Justamente por dicha razón, los funcionarios o personajes públicos gozan de menor protección frente a la difusión de información relativa al ejercicio de su función o actuación en los asuntos de interés general. De allí que el estándar jurídico de responsabilidad de los medios de comunicación es más exigente, se debe acreditar el dolo o la culpa grave rayana en aquél. En cambio, el concepto de “lawfare”, si bien parte del mismo estándar exigente del dolo o la culpa grave para responsabilizar a los medios, parece estar orientado a “proteger” al funcionario, ya que se resalta su condición de víctima de un armado de “vértices”, en el cual los medios y los jueces juegan el papel principal. Y de esa manera se enfatiza la condición de victimarios de los “vértices malignos”, esto es, jueces, medios de comunicación, funcionarios de inteligencia, empresarios, etc.

Lo dicho me conduce a dos reflexiones. Por un lado, si se analiza la cuestión desde la responsabilidad de los medios de

comunicación, el concepto de “lawfare” no aparece como más gravoso de dicha responsabilidad, porque siempre habrá que acreditar la publicación de información falsa o incorrecta a sabiendas o con grave descuido en el cotejo de la información. Dado que los estándares de responsabilidad son altos, la carga mayor de la prueba siempre será a cargo del funcionario difamado. Entonces ¿en qué radica la supuesta protección al funcionario?. Mientras se respete la aplicación de la doctrina de la “real malicia” a rajatabla, en la práctica judicial no existiría tal protección. Lo que podría llegar a considerarse como consecuencia no deseada, es que se comience a construir una especie de “presunción” del dolo o culpa grave si se esgrimieran algunos de los elementos del “lawfare”. Esto sería contradictorio con la aplicación de la doctrina de la “real malicia”, pero deberíamos preguntarnos por qué se esgrime el concepto de “lawfare” no sólo a nivel académico, político o editorial, sino que se lo ha hecho en la práctica judicial, obviamente por funcionarios imputados y sus defensores. Esto se ha visto en las causas del fuero penal, pero si esta invocación del concepto prosperara en dicho fuero, podría ser origen, aunque no necesariamente desde ya, de demandas civiles de responsabilidad, como algún ex funcionario imputado lo dejó entrever. Dada la sinuosidad de las conductas de ciertos jueces en nuestro país, no es improbable que dicha “presunción” pueda ser aplicada judicialmente. En ese caso, la presunción antedicha ahorraría la necesidad de acreditar el dolo o la culpa grave, ya que bastará con probar la actuación del medio de comunicación, de algún agente de inteligencia, la declaración o denuncia de un dirigente de signo opositor al funcionario imputado, y el procesamiento o prisión preventiva dictados por un juez, para “presumir” una actuación coordinada de todos esos vértices. Justamente la presunción vendría a amalgamar los vértices o piezas, amalgama cuya ausencia es indicada por Gargarella en la argumentación de Bielsa, al indicar que en su razonamiento existe una falla, porque enumera los “vértices” o piezas, pero no presenta un solo argumento que dé cuenta de cómo se articulan tales piezas entre sí, o que explique por qué ese mecanismo funciona en ciertos períodos o con ciertos gobiernos y no en otros, qué mueve o motiva a los actores del caso, o por qué resulta un cierto

resultado del cruce de las acciones de aquéllos y no el resultado contrario (19) .

La segunda reflexión es en realidad una confirmación consistente en que, además de su endeblez académica, el concepto de “lawfare”, aplicado al análisis de la responsabilidad civil de los medios de comunicación, coincide o se superpone -salvo por su uso de unilateralismo ideológico- con la doctrina de la “real malicia”. Por lo tanto, así como en la materia penal se solapa con diversos tipos penales, en esta cuestión vuelve a confirmarse su inutilidad como concepto jurídico, ya que viene a pretender describir una serie de actos ilícitos que ya están descriptos por la citada doctrina. Con el agravante de que, como se quiso explicar en el párrafo precedente, su invocación puede conducir a minar la sólida construcción jurisprudencial de la doctrina de la real malicia con sus consecuentes efectos deletéreos para la libertad de expresión y el sistema democrático en sí.

4) Los efectos ¿no deseados? de la invocación del “lawfare.

A lo largo de este trabajo me he referido a la inutilidad y esterilidad del concepto de “lawfare” desde el punto de vista jurídico, así como a los eventuales efectos negativos que su uso puede implicar para la libertad de expresión, para el avance de causas penales -concretamente de investigación de delitos de corrupción-, y para relajar los estándares probatorios en materia de responsabilidad civil de los medios de comunicación. Para concluir este artículo haré mención de dos efectos concretos y ya sucedidos, de la invocación del concepto de “lawfare”.

El primero es la decisión del actual gobernador de la provincia de Buenos Aires de aludir al concepto en cuestión en dos decretos de nombramiento de dos funcionarios. En ellos se hizo referencia a que sobre ambos funcionarios designados pesa un procesamiento, circunstancia que no importa un impedimento para su designación de acuerdo al ordenamiento jurídico provincial, de allí que la invocación

efectuado en la motivación del decreto carece de efectos jurídicos, importando un mero pronunciamiento político (20). Se podría cuestionar que el hecho de ser una expresión de carácter político no importa un obstáculo para incluirla en un decreto. Sin embargo, dado que se trata de un acto administrativo, y como tal jurídico, no se percibe la pertinencia de su inclusión, ya que, atento a que el procesamiento aludido no opera como causal impeditiva del nombramiento -si lo fuera el decreto sería lógicamente inválido-, no suma nada a la motivación o a la causa del acto. En realidad es claro que su inclusión tiene la pretensión de descalificar tales procesamientos, lo cual sí tiene implicancias jurídicas, ya que importa la descalificación de actos del poder judicial. Es claro, que tales actos son susceptibles de crítica por los ciudadanos, y en este caso el gobernador podría haberlo expresado en su condición de tal. Mas su inclusión en dos decretos de nombramiento de funcionarios conlleva una intención que supera la mera crítica ciudadana para aproximarse a una “absolución” o “sobresimiento” anticipado por quien carece de competencia al efecto. Así lo entendieron diversos juristas, entre los que rescato a Gil Lavedra, quien señaló que si bien se trata de una declaración política sin efecto jurídico, revela una peligrosa concepción de la división de poderes y de las funciones de cada poder en el sistema republicano (21).

La otra derivación del uso del “lawfare” que se ha concretado en la realidad fáctica -si se me permite el pleonasma-, aunque afortunadamente no en la realidad jurídica aún, consiste en un proyecto de ley presentado por un grupo de senadoras para “instrumentar los mecanismos de control de convencionalidad obligatorio para los casos de dictado de prisión preventiva”. De tal manera se prevé la nulidad de toda decisión judicial que ordene la prisión preventiva cuando se verifique, entre otros supuestos, la existencia de publicación de contenidos de parte de uno o más medios de comunicación masiva que pudieran haber afectado la percepción pública respecto del principio de inocencia del afectado por la resolución. También se prevé que la decisión que decrete la nulidad de la prisión preventiva será irrecurrible para el ministerio fiscal y los

querellantes, mientras que sí es apelable la que rechace la nulidad (22).

Entre otras críticas al proyecto, Gil Domínguez señala que el mismo desconoce que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a plantear nulidades en caso de violación a la garantía al debido proceso. Pero este autor destaca como una consecuencia grave, la vinculación causal que establece el proyecto entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información, y la nulidad de la resolución que ordena la prisión preventiva, ya que el eventual dictado de la nulidad vendría a operar como una causal de censura previa indirecta (23). Amén de compartir la crítica expuesta, el proyecto, en los términos propuestos, resulta sumamente vago en sus definiciones jurídicas, porque el juez que dicte la nulidad de la prisión preventiva debería “apreciar” o “ponderar” una eventual relación causal entre la publicación de cierta información relativa a la investigación penal y la percepción pública del principio de inocencia del afectado, para concluir que el dictado de la prisión preventiva fue consecuencia de dicha relación causal. Es decir que los jueces que deben decidir la nulidad deberían efectuar un juicio de probabilidad respecto de una relación causal -entre la percepción pública del principio de inocencia del afectado y la decisión del juez que dispuso la prisión preventiva- que de por sí conlleva otro juicio de probabilidad -entre la publicación de la información por los medios de comunicación masiva y la referida percepción pública del principio de inocencia-, lo cual deja un amplio margen de discrecionalidad para quienes deben decidir la nulidad.

Entiendo que el proyecto también encierra en sí una presunción legal, aunque obviamente no la puede establecer abiertamente. La presunción indicada radica en que si en una causa penal se hubiera dictado la prisión preventiva del imputado, y los medios de comunicación hubieran informado sobre dicha causa de manera tal que se presentara como verosímil la comisión del delito en cuestión, entonces cabría “presumir” que la prisión preventiva fue incorrectamente dictada y por ende debería dictarse su nulidad. Se trata de una formulación jurídica que, además de fomentar discrecionalidad, y cuando no arbitrariedad, viene a “contaminar” la

regla mucho más precisa y concreta de que la prisión preventiva sólo puede dictarse en caso de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. De manera clara lo dispone el artículo 9, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto establece que “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Lo dicho vale como muestra de los efectos negativos que el proyecto traería en el ámbito procesal penal. A ello debe agregarse las consecuencias también negativas que resultarían para el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información, ya que se estimularía la autorrestricción de los medios a publicar determinados contenidos por temor a que ello acarrearía la nulidad de la prisión preventiva. Pero nuevamente aquí se concreta un unilateralismo, no ya ideológico, sino comunicacional -aunque muchas veces tales caracteres van juntos-. Es que ninguna restricción -y ello es en sí correcto- se fomenta para la publicación de contenidos que pretendan negar la comisión del delito investigado, mientras que sí se propende a restringir la publicación de contenidos que pretendan dar crédito a que el delito se cometió. En definitiva nuevamente se estaría limitando el debate libre y robusto sobre cuestiones, que generalmente, son del interés general de la sociedad.

La conclusión de este trabajo es que no he podido encontrar ningún aspecto útil al concepto de “lawfare” y a su uso. Por un lado su invocación resulta sumamente unilateral, tanto desde lo ideológico como desde lo comunicacional. A ello debe añadirse su esterilidad jurídica en cuanto se superpone con conceptos o fórmulas jurídicas más precisas y de alto valor para el sistema democrático. Y en todo caso, las derivaciones normativas que puedan resultar del mismo, sólo aportarían mayor discrecionalidad judicial y limitación de la libertad de expresión y de acceso a la información, lo cual sugiere que se trataría más de efectos pretendidos que de derivaciones indeseadas.

Bibliografía

(1) Ver en Bielsa, Rafael y Peretti, Pedro: “Lawfare. Guerra judicial-mediática. Desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner”, Ed. Ariel, 2019, págs. 12/13.

(2) No abro aquí un juicio de valor respecto a la corrección y eficacia de las acciones y medidas que estas personas propugnan para lograr ese reparto más igualitario

(3) Ver en <https://www.lanacion.com.ar/politica/juristas-critican-el-uso-del-termino-lawfare-en-dos-decretos-de-kiciloff-nid2316018>.

(4) Ver en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-corrupcion-buen-juicio-nid2341632>.

(5) Ver en <https://www.lanacion.com/opinion/la-corrupcion-y-un-buen-juicio-dsafa-el-lawfare-teoria-conspirativa-que-explica-lo-que-le-antojadebate-por-la-ju...>

(6) Ver Pizarro, Ramón Daniel: “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Ed. Hammurabi, 1999, págs. 160/161.

(7) Ver en Pizarro, op. cit., págs. 205/225.

(8) Ver Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán Víctor: “El derecho a la libre expresión”, Librería Editora Platense S.R.L., 1997.

(9) Ver en Bianchi-Gullco, op. cit., págs. 8/11.

(10) Supreme Court (United States) 376 U.S. 254 (1964).

(11) 354 US 476, 484.

(12) Ver en “Stromberg v. California », 283 US 359, 369.

(13) Fallos, 248:291.

(14) Sentencia en la causa “Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros”, del 27/12/96 (considerando 9º), cit. en Bianchi y Gullco, op. cit., pág. 19.

(15) Ver en Bianchi y Gullco, op. cit., págs. 131/132.

(16) Ver en Bianchi-Gullco, op. cit., pág. 135.

(17) Conf. aut. cit., pág. 159.

(18) Ver en Bianchi y Gullco, op. cit., pág. 180.

(19) Ver en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-corrupcion-y-un...>”.

(20) Ver en [https://www.lanacion.com.ar/política/juristas-critican-el-uso-del-termino-lawfare-en-dos-decretos-de-kicillof-nid2316018](https://www.lanacion.com.ar/politica/juristas-critican-el-uso-del-termino-lawfare-en-dos-decretos-de-kicillof-nid2316018).

(21) Ver en [https://www.lanacion.com.ar/política/juristas-critican-el-uso-del-termino...](https://www.lanacion.com.ar/politica/juristas-critican-el-uso-del-termino...)

(22) Ver en [https://www.lanacion.com.ar/política/una-propuesta-exotica-que-atenta-contr-la-libertad-de-expresion-nid2335119](https://www.lanacion.com.ar/politica/una-propuesta-exotica-que-atenta-contr-la-libertad-de-expresion-nid2335119).

(23) Ver en [https://www.lanacion.com.ar/política/una-propuesta-exotica-que-atenta...](https://www.lanacion.com.ar/politica/una-propuesta-exotica-que-atenta...)”.