

Revista Jurídica



Universidad de
San Andrés

N°1 | Dic 2014

ISSN 2314-3150

REVISTA JURÍDICA

DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS 2014



Nº 1 | 2014

CUERPO EDITOR

Director

Jimena Báez Breard

Editores

Ana Liz Chibán

Marcelo Boyle

Leopoldo Pérez Obregón

Sergio Giuliano

Ezequiel Zavattaro

Facundo M. González Bustamante

ISSN 2314-3150

*Universidad de San Andrés - Vito Dumas 284 (B1644BID) - Victoria, Pcia. de Bs. As.
Tel.: (54-11) 4725-7000 - www.udesa.edu.ar*

AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS

Rector

Carlos Rosenkrantz

Vicerrector

Roberto José Bouzas

Director del Departamento de Derecho

Lucas S. Grosman

ÍNDICE

ARTÍCULOS | NOTAS Y JURISPRUDENCIA | RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTÍCULOS

- El problema de la responsabilidad limitada de los socios
Por Guillermo Cabanellas 1
- ¿Puede el sector privado contribuir a mejorar la transparencia en los negocios? Los programas de cumplimiento en Argentina
Por Guillermo Jorge 38
- La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss
Por Julio César Rivera (h.) 81

NOTAS Y JURISPRUDENCIA

- El razonamiento práctico del control de constitucionalidad
Por Pedro A. Caminos 117
- Contratos de compraventa de acciones. El desafío de generar valor a partir de una adecuada estructuración contractual
Por Guillermo Burman y Diego A. Chighizola 158

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Backhouse, Constance. De la couleur des lois: une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950 (Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2010)
Por Julio César Rivera 183
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Propiedad intelectual sobre programas de computación (Buenos Aires: Heliasta, 2011), 220 páginas
Por Pablo Palazzi 187

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LOS SOCIOS

Guillermo Cabanellas^{1*}

Resumen

El desarrollo de los regímenes societarios muestra una permanente tendencia a extender los beneficios de la responsabilidad limitada de los socios. Actualmente, tal responsabilidad limitada se otorga en base a una mera declaración formal, sin exigirse prácticamente el cumplimiento de requisito material alguno respecto de la conformación de las sociedades que permiten acceder a tales beneficios.

Esta extensión ha sido impulsada por afirmaciones relativas a las ventajas que implica en términos de incentivos a la inversión y a la mejor organización empresarial. Sin embargo, no se ha dado igual énfasis a los costos y riesgos que implica en términos de configuración de estructuras empresarias, con una tendencia antieconómica al endeudamiento y a la preferencia por actividades riesgosas.

El presente estudio analiza los beneficios y costos implícitos en la extensión de la responsabilidad limitada de los socios, y expone cómo la ampliación económicamente infundada de ese régimen de responsabilidad se ha visto parcialmente neutralizada por un conjunto heterogéneo de instrumentos jurídicos que operan en sentido opuesto, dando lugar a un sistema complejo, confuso y de incierta aplicación.

^{1*} Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas (J.S.D.) y licenciado en economía. Socio Senior del estudio Cabanellas, Etchebarne, Kelly Abogados desde 1997. Cuenta con una vasta experiencia en asesoramiento empresarial en temas de derecho societario, comercio internacional, defensa de la competencia, propiedad intelectual y mercado de capitales. Miembro del Consejo Académico de la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad de San Andrés, y profesor de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Illinois (Estados Unidos).

1. Introducción

Una de las cuestiones centrales de la organización societaria es la relativa a la responsabilidad limitada de los socios. La existencia de tal responsabilidad incide sobre la construcción de los tipos societarios y – más significativamente – sobre la utilización que de los mismos se hace. Es evidente que el empleo masivo de sociedades para la organización de la actividad económica contemporánea no sería tal en ausencia del régimen de responsabilidad limitada vigente. Sin embargo, no son igualmente evidentes los alcances que debe tener tal responsabilidad limitada. En el derecho argentino, según se verá en el presente estudio, se encuentran posiciones muy encontradas. Por una parte, un sector de la doctrina se focaliza en el impulso que la responsabilidad limitada de los socios proporciona a la inversión, abogando en consecuencia por la extensión de la misma. Por otra, se encuentran autores que consideran que la responsabilidad limitada es una excepción a las reglas generales en materia de responsabilidad, que solo debe ser admitida sobre bases relativamente estrictas.

La cuestión ha pasado a revestir una importancia más aguda por varios motivos. La crisis financiera internacional iniciada en el año 2008 ha puesto de manifiesto que los mecanismos de asignación y gestión de riesgos en las economías y empresas contemporáneas presentan graves deficiencias, que afectan ya no solamente los intereses privados de inversores y acreedores, sino también la estabilidad del sistema económico y social en su conjunto.² Como se examinará en este estudio, el régimen de responsabilidad societaria incide marcadamente sobre la asignación y gestión del riesgo empresarial. Asimismo, y como ha sucedido con sucesivos intentos de reforma del Código Civil, el proyecto actualmente a consideración del Congreso de la Nación implica una toma de posición respecto del régimen de responsabilidad limitada sin que, a nuestro entender, se hayan apreciado con un adecuado detenimiento las consecuencias de tal posición. Por otra parte, y como también se expondrá, la permanente extensión legislativa del régimen de responsabilidad limitada tropieza con una corriente opuesta que socava, mediante múltiples instrumentos legales, las consecuencias aparentes de ese régimen. Nuevamente, esta corriente – con manifestaciones en legislación, la doctrina y la jurisprudencia – se ha desarrollado sin un examen de conjunto respecto de sus consecuencias

² Al respecto, ver Nassim Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable* (Nueva York: Random House Trade Paperbacks, 2010).

y de su posible contradicción con el régimen de responsabilidad limitada que establece el mismo orden jurídico.

El presente estudio examinará la justificación del régimen de responsabilidad limitada de los socios, así como los límites de tal justificación, en el contexto del derecho positivo argentino y comparado. A tal fin, se comenzará con una exposición de la evolución del régimen de responsabilidad limitada. Posteriormente, se expondrán las consecuencias económicas de tal régimen y se analizarán las excepciones que el derecho positivo establece a la responsabilidad limitada de los socios. Finalmente, se expondrán ciertos lineamientos que se consideran aconsejables para guiar y evaluar el régimen jurídico aplicable en esta materia.

2. La evolución histórica del régimen de responsabilidad limitada

2.1) El derecho antiguo

En los distintos sistemas jurídicos que forman parte de la cultura occidental, la regla tradicional era que los socios eran ilimitada y solidariamente responsables por las obligaciones de la sociedad. Así, en el derecho romano, la regla general era la de responsabilidad ilimitada de los socios³; las sociedades, salvo casos de autorización legislativa expresa, carecían de personalidad jurídica⁴, y sus socios respondían por el dolo y por la culpa, imputables en la gestión de los negocios comunes⁵.

En el derecho inglés antiguo, la figura societaria básica era la *partnership*, sociedad personal caracterizada por la responsabilidad ilimitada de sus socios, con distintas variantes respecto de la solidaridad vigente entre ellos.⁶

2.2) El derecho medieval

En la Edad Media se desarrollan diversas nuevas variantes de figuras societarias, desarrollo en gran medida destinado a facilitar la participación de socios en empresas de alto riesgo.⁷

³ Respecto de las sociedades en el derecho romano, véase: Vincenzo Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (Nápoles: E. Jovene, 1950); Emile Del Chiaro, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps de la jurisprudence classique* (Paris: Recueil Sirey, 1928); Filippo Cancelli, "Società. Diritto romano", en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo 17, eds. Antonio Azara y Ernesto Eula (Turín: UTET, 1970), 495.

⁴ Véase Eugène Petit, *Tratado elemental de derecho romano* (Buenos Aires: Albatros, 1966), 512.

⁵ Véase Filippo Cancelli, "Società. Diritto romano", 513 y 514.

⁶ Véase al respecto Laurence. C. B. Gower, *Pollock on the law of partnership* (Londres: Stevens and Sons Ltd., 1952).

Encontramos así, en las ciudades italianas, la *colonna*, dirigida a operaciones marítimas⁸; la *rogadia*, en la que se combinan elementos del mandato y de la sociedad, con limitación en cuanto a la responsabilidad del mandante⁹; y especialmente la *commenda*¹⁰ y la *compagnia*¹¹, figuras que son ya antecedentes de las actuales sociedades en comandita y sociedades de responsabilidad limitada, cuya estructura viene determinada, en buena medida, por la limitación de la responsabilidad de algunos o todos los socios. Se advierte, en esta evolución, una creciente toma de conciencia respecto de la necesidad de alterar el régimen de responsabilidad general e ilimitada de los socios, a fin de atraer capitales a empresas de gran riesgo o volumen.¹²

2.3) Evolución en el siglo XVII. El sistema de las concesiones

El eje de la evolución de las figuras societarias pasa, en el siglo XVII, a otras regiones de Europa, y particularmente a Gran Bretaña. Es en este período en donde se genera la transformación radical del régimen de responsabilidad de los socios, que llega hasta nuestros días.

Encontramos en Inglaterra, en el siglo XVII, dos tipos de fenómenos vinculados a la conformación de la actual figura de sociedades por acciones, con limitación de la responsabilidad a los aportes: las grandes compañías de ultramar y las *joint stock companies*.

Las primeras forman parte de un fenómeno que abarcó a los principales países europeos. La expansión colonial y el florecimiento económico y comercial posterior a la Edad Media permitieron una utilización más intensa de las figuras societarias. En principio, esta evolución tuvo lugar utilizando las formas jurídicas preexistentes – particularmente las desarrolladas en

⁷ Véase Robert W. Hillman, “Limited liability in historical perspective”, *Washington and Lee Law Review* 54 (1997): 613.

⁸ Véase Giovanni Diurni, “Società. Diritto Intermedio”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo 17, eds. Antonio Azara y Ernesto Eula (Turín: UTET, 1970), 528.

⁹ Véase Mario Chiaudano, “Rogadia”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo 16 (Turín: 1969), 251.

¹⁰ Véase M. A. Benedetto, “Commenda”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo 16 (Turín: 1967), 607.

¹¹ Véase Diurni, “Società. Diritto Intermedio”, 528 y 529.

¹² El fenómeno se manifiesta, posteriormente, en otros países europeos. Véase Hillman, “Limited liability in historical perspective”; Aloys Schulte, *Geschichte der grossen Ravensburger Handelsgesellschaft* (Berlín: Deutsche Verlags-Anstalt, 1923).

Italia y Alemania¹³ –, resultantes, a su vez, de un largo proceso de desarrollo jurídico, ya reseñado, efectuado a lo largo de la Edad Media.

En materia de sociedades de colonización o de comercio de ultramar, se utilizan estructuras jurídicas que preanuncian a las modernas sociedades por acciones. Sin embargo, tales sociedades presentan ciertas particularidades propias de la época en que se crearon y de sus necesidades y concepciones económicas.¹⁴ En tal sentido, y particularmente desde el punto de vista de la fundamentación de la responsabilidad limitada de los socios, se destaca el hecho de su utilización para empresas de alto riesgo y con necesidad de aportes de un número considerable de socios.

Estas sociedades se basaban en una carta (*charter*) o autorización gubernamental, que consentía su funcionamiento y las facultaba a regular el comercio en un sector determinado o a cumplir otras funciones estatales. En el contexto de la política mercantilista de la época venían a ser instrumentos privados de la acción estatal.¹⁵

En Inglaterra, la conformación de estas sociedades se basaba en la preexistente figura jurídica de la *corporation*, que a su vez encuentra su origen en el derecho romano. Funcionalmente, las sociedades de comercio de ultramar se caracterizaban por requerir cantidades relativamente grandes de capital y presentar riesgos particularmente altos. La posibilidad de atraer esos capitales requería, en consecuencia, limitaciones a la responsabilidad de los socios, que en caso contrario no incurrirían en los riesgos inherentes a esas empresas. Dado el interés público en estas, puede decirse que la limitación de responsabilidad de los socios obraba como una suerte de medida promocional para incentivar ciertas actividades. Tal limitación de la responsabilidad contaba ya con importantes antecedentes – en Inglaterra y en el resto de Europa – en materia de empresas marítimas.¹⁶

Desde el ángulo funcional, las sociedades de comercio de ultramar presentaban múltiples particularidades en las que confluían intereses públicos y privados. Dichas sociedades realizaban actividades de colonización y exploración, y frecuentemente contaban con sus propias organizaciones militares; también solían contar con atribuciones regulatorias y

¹³ Véase Harry G. Henn y John R. Alexander, *The law of corporations* (Saint Paul, Minnesota: West Publishers, 1983), 19.

¹⁴ Véase William R. Scott, *The constitution and finance of English, Scottish and Irish joint-stock companies to 1720* (Cambridge Massachusetts: Cambridge University Press, 1910); David Hannay, *The great chartered companies* (Londres: Williams and Norgate, Ltd., 1926).

¹⁵ Véase Henn y Alexander, *The law of corporations*, 19.

¹⁶ Véase Isaac Halperín y Julio C. Otaegui, *Sociedades anónimas* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998), 58.

aduaneras. A cambio de los beneficios que así se aportaban a la Corona, se otorgaban a estas sociedades privilegios de distintos tipos: monopolios comerciales, tierras, trata de esclavos, etc. La responsabilidad limitada estaba vinculada a esa peculiar estructura de cargas y beneficios. Estas sociedades no se organizaban conforme a un tipo prefijado judicial o consuetudinariamente, sino que se estructuraban caso por caso mediante una carta real, ajustada a las particularidades del negocio, a las necesidades de la Corona y al fabuloso marco de corrupción propio de la época.

Entre las compañías formadas en Gran Bretaña durante ese período cabe mencionar la Compañía de Rusia – de 1554 –, la Compañía de las Indias Orientales¹⁷ (*British East India Company*), la Compañía de Virginia, la Compañía de la Bahía de Massachusetts, la Compañía de la Bahía de Hudson, y la Compañía de los Mares del Sur (*South Sea Company*). Esta última, fundada en 1711, se formó en un contexto especulativo que llevó a la crisis de todo el sistema, conforme se verá en el punto 2.4), *infra*.

Además de las grandes compañías de comercio ultramarino, antes descriptas, el siglo XVII muestra, en Inglaterra, la formación de otras *joint stock companies*, de origen básicamente contractual, y ajenas al sistema de concesión estatal antes descripto.¹⁸ En algunos casos, se utilizaban las cartas reales de compañías preexistentes pero que habían dejado de funcionar, y en otros simplemente se pretendía estructurar contractualmente una entidad similar a las derivadas de las *charters*, con contenidos y resultados jurídicos dudosos. Conforme se verá en el punto 2.4), *infra*, esta tendencia finalizó siendo desbaratada por las autoridades estatales.

También en Francia y en Holanda se encuentran antecedentes contemporáneos de la actual sociedad por acciones y con responsabilidad limitada de sus socios. Las Compañías Francesas de las Indias Orientales y de las Indias Occidentales, fundadas en 1664, muestran una importante evolución en materia de organización societaria. Por su parte, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, del año 1602, tuvo singular importancia por su poderío económico y por la expansión naval de los Países Bajos. Esta sirvió de modelo a organizaciones similares de otros países europeos.

2.4) El siglo XVIII: La Bubble Act

¹⁷ Véase Brian Gardner, *The East India Company. A history* (Nueva York: McCall Pub. Co., 1972).

¹⁸ Véase Henn y Alexander, *The law of corporations*, 20.

La restricción sobre la responsabilidad de los socios permitía crear un régimen de libre transmisibilidad de las acciones. Este dio origen a la organización de mercados públicos para tales acciones, hacia finales del siglo XVII, especialmente en Londres y en Ámsterdam.¹⁹ Estos mercados daban importantes ventajas a las sociedades emisoras de títulos, pues sus adquirentes podían desprenderse de ellos realizando su inversión sin tener que esperar la finalización del término acordado para las empresas. De esta manera, se facilitaba la colocación de los títulos. Esta forma de realización, de ser solicitada, era mucho más conveniente para las sociedades emisoras que la de asegurar a los aportantes la devolución de sus capitales dentro de ciertos plazos. Estos mercados de valores surgieron de forma relativamente espontánea y dieron lugar a una fuerte corriente especulativa, acompañada de prácticas tales como las compras y ventas concertadas con el fin de aumentar artificialmente las cotizaciones, la difusión de falsas informaciones, y la formación de compañías sin propósitos comerciales que no fueran el de vender sus acciones a adquirentes desaprensivos. La corriente alcista, impulsada por el espíritu de manada del inversor denunciado siglos más tarde por Keynes, desembocó – como toda corriente cuando no se apoya en elementos de la economía real – en una crisis bursátil que puso al desnudo la falta de fundamento y el frecuente carácter fraudulento de gran parte de las sociedades participantes del auge precedente. Esta onda especulativa, llamada *South Sea Bubble*²⁰, desembocó en la *Bubble Act*, de 1720, y en otras leyes destinadas a que solo pudieran constituirse sociedades por acciones con autorización del Parlamento, y a que solo pudieran actuar como corredores de bolsa las personas expresamente autorizadas, en número limitado a tal fin, estableciéndose asimismo reglas respecto de las conductas de tales corredores y en relación con operaciones de futuro.

Las restricciones a la formación de sociedades por acciones, como consecuencia de la *Bubble Act*, obligaron en Gran Bretaña a que las empresas se organizaran en base a la figura de la *partnership* o sociedad de personas, salvo aquellas de gran tamaño vinculadas a servicios o prestaciones públicas.²¹ Esta última figura presentaba diversos obstáculos para el comercio, particularmente en materia de transmisibilidad de las participaciones, falta de personalidad

¹⁹ Ya en 1610 cotizaban en el mercado de Ámsterdam las acciones de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales; en 1747 se registraban en ese mercado cuarenta y cuatro clases de valores. En Francia, la Bolsa fue fundada oficialmente en 1724. Véase Valentín Vázquez de Prada, *Historia económica mundial*, Tomo 1 (Madrid: Rialp, 1966), 396.

²⁰ O sea, la “Burbuja del Mar del Sur”, por ser la Compañía del Mar del Sur la principal entre las que centraron el movimiento especulativo descrito en el texto. Véase Lewis Melville, *The South Sea Bubble* (Londres: D. O'Connor, 1921); John Carswell, *The South Sea Bubble* (Londres: Cressett Press, 1960).

²¹ Véase Armand B. Dubois, *The English business company after the Bubble Act 1720-1800* (Londres: Oxford University Press, 1938).

jurídica y responsabilidad ilimitada de los socios. Estos obstáculos impulsaron la utilización de nuevas formas jurídicas, tales como la transferencia de la propiedad de la sociedad a un fiduciario. Posteriormente, ante la insuficiencia de estas soluciones, se formaron importantes sociedades por acciones sin autorización legal; su fundamento e instrumentación eran básicamente contractuales.²² Aunque carecían de responsabilidad limitada, las dificultades para identificar a los socios suplían, en alguna medida, esa carencia.²³ Esta violación a los requisitos exigidos por la *Bubble Act* llevó en definitiva a su inaplicabilidad y posterior derogación, y a la simplificación de los trámites necesarios para la formación legal de sociedades por acciones.²⁴

2.5) El siglo XIX. El sistema normativo

El gran movimiento codificador del siglo XIX condujo a la sistematización de las figuras societarias, conforme a los lineamientos básicos con que hoy las conocemos. En gran medida, ese movimiento comenzó reestructurando figuras societarias preexistentes; sin embargo, el siglo XIX produjo innovaciones destinadas a adecuar los tipos societarios a las necesidades planteadas por la intensificación del desarrollo capitalista.

La evolución producida en el siglo XIX dejó un marco de figuras societarias que se proyecta hasta nuestros días.²⁵ En ese sentido se destaca la posibilidad de acceder a la responsabilidad limitada de los socios en forma automática²⁶, sin necesidad de obtener una concesión estatal específica y con escasos requisitos en cuanto a las características de la sociedad con tal responsabilidad limitada.

²² Véase Henn y Alexander, *The law of corporations*, 21.

²³ Henn y Alexander, *The law of corporations*, 22.

²⁴ Véase Tom Hadden, *Company Law and Capitalism* (Londres: Stevens, 1972), 13.

²⁵ Señala Halperín (en Halperín y Otaegui, *Sociedades Anónimas*, 60), respecto de las sociedades anónimas, que “cuando se sancionó el Código de Comercio francés, de 1807, y en el desarrollo del siglo XIX, la evolución de la sociedad alcanzó las características con que la sancionó nuestro Código de Comercio: existencia de las acciones al portador; transformación de la administración, elegida por todos los accionistas; igualdad normal de los accionistas (principio de una acción, un voto); predominio de la asamblea en el gobierno de la sociedad; eliminación del sistema de concesión de la personalidad por el Estado.”

²⁶ En el debate parlamentario previo a la sanción de la Ley de Sociedades británica de 1856 se sostuvo: “El principio que debemos adoptar es el siguiente, no poner el menor obstáculo a la formación de *limited companies* [...] y cuando surjan dificultades, armar a los tribunales de justicia con suficientes poderes para controlar la disipación o el fraude [...]. Esa es la única forma en que la legislatura debería intervenir, con la única excepción de dar la máxima publicidad a los asuntos de tales compañías de forma que cada persona pueda saber sobre qué bases está negociando.” Véase Hadden, *Company Law and Capitalism*, 17.

En este contexto, la expresión *limited company* comprende tanto a figuras comparables con la sociedad anónima como con la de responsabilidad limitada.

El principal cambio experimentado a lo largo del siglo XIX es la evolución desde el sistema de concesión al sistema normativo. En el sistema de concesión, aún en su aplicación durante el siglo XX, la existencia de una sociedad por acciones dependía en cada caso de una decisión estatal específica, basada en consideraciones de política económica o de intereses públicos. Si bien el paso hacia el sistema normativo fue gradual, operando mediante la progresiva y creciente automatización del otorgamiento de la concesión solicitada, la vigencia del régimen de concesión implicaba que existía un acto estatal – necesario como paso previo – basado en consideraciones de política pública, sin el cual la sociedad anónima no podía existir regularmente.

En Gran Bretaña, el paso hacia el sistema normativo fue gradual.²⁷ En 1825 se derogó la *Bubble Act*; en 1834 se sancionó la *Joint Stock Companies Act* que incorporaba ya los principios del sistema normativo; en 1855 se aprobó la *Limited Liability Act*, que generalizó los beneficios de la responsabilidad limitada. En 1856 se consolidó el nuevo régimen en una nueva *Joint Stock Companies Act*, que experimentó luego sucesivas reformas, hasta el siglo XX.²⁸ El sistema normativo implicó que, reunidos ciertos extremos objetivos – que son los propios de las sociedades en general²⁹, a los que se suman los específicos de las sociedades anónimas – se pudiera construir una sociedad del tipo previsto por las normas pertinentes con sus efectos, incluyendo la responsabilidad limitada. Todo esto sin que fuera necesario una evaluación o decisión basada en consideraciones de política económica o interés público.³⁰

El Código de Comercio francés de 1807 estableció los lineamientos de las sociedades anónimas, que recogieron luego los restantes derechos del sistema continental europeo: responsabilidad limitada del accionista; representación de las participaciones societarias mediante acciones libremente transmisibles; y órgano de administración diferenciado. El

²⁷ En realidad, el gradualismo se mantiene hasta nuestros días, pues además de las sociedades creadas bajo el sistema normativo, basado en la legislación general, siguen existiendo sociedades por acciones creadas por leyes especiales (*statutory companies*) y por la Corona (*Crown companies*); Véase Alan Boyle y Richard Sykes, *Gore-Browne on Companies* (Londres: Jordans, 1977).

²⁸ Véase Laurence C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law* (Londres: Stevens, 1979).

²⁹ Debe observarse que bajo los sistemas jurídicos de la tradición angloamericana no existía ni existe un concepto de sociedad en general, por lo que los requisitos propios de las sociedades por acciones no se construyen en base a un hipotético concepto de sociedad en general.

³⁰ El sistema normativo no implica que no exista una decisión de un órgano estatal que dé origen a la sociedad; esa decisión existe aun bajo los regímenes actuales, como se advierte en el art. 167 de la Ley 19.550 (*Ley de Sociedades Comerciales* o LSC). Lo característico de este sistema es el fundamento del acto estatal que permite la constitución de la sociedad anónima, que es el reunir los elementos fijados en abstracto para tal constitución, ajenos a consideraciones sobre interés económico o público basadas en el caso concreto. Ley 19.550. Ley de Sociedades Comerciales. B.O. 30/03/1984.

régimen así establecido mantuvo características propias del sistema de concesión³¹; pues el marco en base al cual se otorgaba la autorización estatal exigida para la existencia de estas sociedades, tenía una amplitud mayor que la propia de los sistemas normativos actuales. La evolución hacia el sistema normativo, a lo largo del siglo XIX, en los regímenes del sistema continental europeo, es gradual. En Francia, la Ley del 24 de julio de 1867 – objeto luego de múltiples reformas³² – se basó en tal sistema, recogiendo en realidad lo que ya venía siendo la práctica en la materia.

En Alemania, la evolución fue más dubitativa. El Código de Comercio de 1861 adoptó requisitos que, textualmente, se asimilaban a los del sistema de concesión.³³ Tales requisitos fueron liberalizados mediante las reformas de 1870. Sin embargo ello resultó en una serie de prácticas abusivas en relación a la fundación de sociedades, conduciendo así al retorno, en 1884, a un régimen calificable como de concesión; aunque en la práctica se asemejaba a un régimen normativo sujeto a controles más estrictos en la etapa fundacional.

Durante esta etapa, se puede encontrar en la generalidad de los países europeos, una evolución similar, desde un sistema formalmente calificable como de concesión hacia otro que, sin modificar las disposiciones fundamentales, funcionaba en realidad como un régimen normativo.

2.6) La evolución en el siglo XX

El siglo XX muestra una permanente tendencia a debilitar las exigencias para acceder a la responsabilidad limitada de los socios. Varias corrientes se ponen de manifiesto en esta tendencia. En primer lugar, se extiende en múltiples países, la figura de sociedad de responsabilidad limitada, cuyo propósito explícito es permitir el acceso a la limitación de la responsabilidad a empresas de pequeñas dimensiones y bajo número de socios.³⁴

En segundo lugar, se extiende la aplicación del sistema normativo, en oposición al régimen de concesión. En la Argentina, este cambio es introducido formalmente por la Ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales)³⁵, aunque la automaticidad con la que se autorizaban sociedades

³¹ Véase Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (Colonia: Carl Heymanns Verlag, 1986), 583.

³² Véase Jean Hémaré et. al., *Sociétés commerciales* (París: Dalloz, 1972), tomo 1, 2.

³³ Véase Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 583.

³⁴ Véase Isaac Halperín, *Sociedades de responsabilidad limitada* (Buenos Aires: Depalma, 1972), 4 y ss.

³⁵ Véase la Exposición de Motivos de la Ley 19.550, Cap. II, Sec. V, I, 2.

anónimas bajo el régimen preexistente había llevado, en la práctica, a que este hubiera dejado ya de ser un sistema de concesión.

En tercer lugar, se limitan las exigencias para la constitución de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. En particular, se eliminan los requisitos especiales en materia de número de socios.³⁶

Por último, en diversos países, e inclusive en varios de los proyectos de reforma del Código Civil generados en la Argentina, se elimina el requisito de pluralidad de socios para acceder a la responsabilidad limitada; extendiéndose así este régimen a las empresas unipersonales.

Resumiendo la evolución trazada en el presente apartado, cabe destacar ciertos rasgos de interés para nuestro estudio. El primero es la permanente expansión del acceso a la responsabilidad limitada, la cual dejó de ser una figura excepcional y otorgada por leyes especiales, para encontrarse hoy al alcance de cualquier empresario que cumpla requisitos mínimos. El segundo es la desvinculación de la responsabilidad limitada respecto de exigencias económicas o de realidad empresarial; dado que en los sistemas contemporáneos es prácticamente innecesario reunir requisito económico o empresarial alguno para acceder a este tipo de responsabilidad. En la Argentina, por ejemplo, alcanza con vincularse a un socio, con una participación mínima que baste para ser calificada de real o no ficticia; siendo ello necesario solo en el período constitutivo, pues esa exigencia ni siquiera se aplica durante el resto de la existencia de la sociedad.

3. La justificación económica de la responsabilidad limitada de los socios

Es curioso observar cómo el prolongado proceso de extensión del acceso a la responsabilidad limitada de los socios ha tenido lugar, en la Argentina y en el derecho comparado, sin un análisis exhaustivo de los fundamentos y efectos de tal extensión. Ello resulta llamativo por varios motivos. La responsabilidad limitada de los socios constituye un apartamiento respecto de las reglas básicas de la economía de mercado, en la que teóricamente el empresario carga con el riesgo de su gestión, apropiándose de las ganancias que genere y sufriendo sus

³⁶ Así, en la Argentina, bajo la Ley 19.550, se disminuye el número exigido, en las sociedades anónimas, de diez a dos.

pérdidas. Asimismo, y con el trasfondo conocidamente conservador de las instituciones jurídicas, estamos ante un cambio respecto de lo que fue la solución tradicional en el derecho romano y aun en el derecho civil, que requeriría, por lo menos, un análisis detenido. Tal análisis, como se verá, recién ha llegado una vez completado el proceso de extensión de la responsabilidad limitada, y ha provenido desde el ángulo económico más que del jurídico.

En buena medida, puede decirse que la falta de un examen detallado de la cuestión se ha debido a que se ha evaluado la misma desde una sola perspectiva: la del interés de los socios y los incentivos para la inversión. Desde este ángulo, toda extensión de la responsabilidad limitada se ve como un incentivo adicional para la inversión.³⁷ Se omite, sin embargo, que tal extensión tiene, a su vez, un costo para los acreedores de la sociedad, que no pueden accionar contra el patrimonio de sus socios, creándose así una asimetría³⁸, que requeriría, al menos, una explicación.³⁹

El análisis detallado de la justificación de la responsabilidad limitada de los socios ha tenido lugar en las últimas décadas, y sobre la base de los instrumentos del análisis económico del derecho.⁴⁰

Una primera visión es la siguiente. Cuando se genera una pérdida, esta incide, necesariamente, sobre el conjunto formado por los socios y acreedores de la sociedad, por ser las personas con derechos sobre el activo en el cual incide primariamente la pérdida.⁴¹ Existiendo responsabilidad limitada de los socios, éstos pueden negociar con los acreedores,

³⁷ Así, en relación con la introducción en nuestro país de la figura de sociedad de responsabilidad limitada, se destacó la “necesidad de alentar la colocación de capitales”. Véase Halperín, *Sociedades de responsabilidad limitada*, 4.

³⁸ Si una sociedad con responsabilidad limitada de sus socios es exitosa, los socios tienen derecho a retirar de ella las ganancias que se obtengan, en las que no participan los acreedores. Cuando la sociedad genera pérdidas y pasa a ser insolvente, los socios limitan el peso de tales pérdidas a sus aportes – que pueden ser escasos –, y el resto incide sobre los acreedores.

³⁹ Halperín (Halperín, *Sociedades de responsabilidad limitada*, 4) ya observaba que “frente al coro de elogios cantado por los autores y legisladores de todos los países, Copper-Royer [...] la considera inmoral, y un signo de esta época, en que el hombre busca eludir, en todas formas, la responsabilidad por sus actos”. Con acertada premonición agrega: “La acentuación de la función social de la propiedad como justificativo de su subsistencia, traerá consigo una reacción contra la limitación de la responsabilidad”. Esa reacción, como se verá en el apartado 5, *infra*, ya se ha producido.

⁴⁰ Véase Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, *The Economic Structure...* (Cambridge, Massachusetts.: Harvard University Press, 1991), 40 y ss.; Paul J. Halpern et. al., “An economic analysis of limited liability in corporation law”, *University of Toronto Law Journal* 30 (1980): 117; Rogers E. Meiners et.al., “Piercing the veil of limited liability”, *Delaware Journal of Corporate Law* 4 (1979): 351; Susan E. Woodward, “Limited liability in the theory of the firm”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 141 (1985): 601; Günter H. Roth, “Zur economic analysis der beschränkten Haftung”, *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht* 15 (1986): 382.

⁴¹ Véase Meiners et. al, *Piercing...*, 351 y ss.

mediante un conjunto de acuerdos relativos a las garantías especiales, intereses y otros aspectos de los créditos, la manera en que las pérdidas incidirán sobre acreedores y socios.⁴² Esos acuerdos generarán la solución menos onerosa para el conjunto de socios y acreedores, pues en caso contrario se modificarán las relaciones contractuales para llegar a esa solución.⁴³

Easterbrook y Fischel⁴⁴ exponen un conjunto más amplio de motivos que justificarían la responsabilidad limitada de los socios:

- a.** La responsabilidad limitada disminuye la necesidad de supervisar la gestión de los agentes de la sociedad. La menor exposición de los socios implica que se justifique menores esfuerzos de supervisión, reduciéndose así el costo de operar las estructuras societarias.
- b.** La responsabilidad limitada evita incurrir en el costo de controlar la posición patrimonial de los demás socios. En un marco de responsabilidad solidaria, la posición de cada socio incide sobre las posibles consecuencias de las obligaciones de la sociedad, sobre los demás, pues los acreedores accionarán sobre los socios solventes. La responsabilidad limitada de los socios hace irrelevante, para cada uno de ellos, determinar la posición patrimonial de los restantes.
- c.** La responsabilidad limitada de los socios permite que las participaciones en la sociedad circulen libremente, en forma de acciones, creándose un mercado potencialmente fluido para estas. Si los administradores gestionan a la sociedad en forma deficiente, el precio de la acción en ese mercado disminuirá y creará un incentivo para que terceros adquieran el control de la sociedad. Se crea así un mecanismo de control sobre los administradores que puede ser más eficiente y de menor costo que el derivado del control directo a cargo de los socios.
- d.** La responsabilidad limitada, al permitir la formación de mercados amplios y fluidos para las acciones, posibilita que tales mercados reflejen en sus precios la información disponible respecto de esas acciones y las empresas emisoras, posibilitando así el funcionamiento de mercados de capitales eficientes.
- e.** La responsabilidad limitada permite que los inversores formen carteras integradas por una multiplicidad de valores, conformándolas así de modo de diversificar sus riesgos y creando en consecuencia un incentivo adicional para la inversión. La responsabilidad

⁴² Véase Robert C. Clark, *Corporate law* (Boston: Little Brown, 1986), 77 y 78.

⁴³ Se trata de una aplicación del llamado teorema de Coase; Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 51.

⁴⁴ Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 41 y ss.

ilimitada de los socios implica, por el contrario, que la mayor diversificación de la cartera agregará a esta, nuevos y mayores riesgos, pues cualquier inversión en una nueva sociedad expone al inversor a cierta probabilidad adicional de responsabilidad ilimitada.

- f. La responsabilidad limitada permite a los administradores de las sociedades cuyos socios disfrutan de ese régimen, evaluar los proyectos de inversión en base a sus propios méritos y rentabilidad, y no en función de la posición patrimonial de los socios. Puesto en otras palabras, el riesgo para los socios es una consideración secundaria en las sociedades de este tipo, y en términos de responsabilidad, lo esencial es lo vinculado a los méritos intrínsecos de cada proyecto.

Se ha argumentado que estas consideraciones, aunque correctas, son demasiado parciales, pues omiten indicar que las pérdidas que experimenta una sociedad con responsabilidad limitada de los socios inciden, en definitiva, sobre alguien, y si los perjudicados no son los socios, lo serán los acreedores.⁴⁵ Sin embargo, tal argumento es rebatido por quienes han desarrollado el listado de motivos favorables a la responsabilidad limitada de los socios.⁴⁶ Estos autores sostienen que, por los motivos que han expuesto, la responsabilidad limitada no consiste simplemente en un mecanismo que transfiere riesgos e ingresos de los acreedores a favor de los socios, sino que permite una organización más eficiente de las empresas y una asignación más racional de las inversiones. Estos efectos, a su vez, permiten obtener a las empresas en conjunto un mayor valor – que se distribuirá entre los accionistas y los acreedores –, y disminuir el costo del capital por el menor riesgo implícito en su inversión – con beneficios generales para el sistema económico.

Este conjunto de argumentos favorables a la responsabilidad limitada de los socios adolece de importantes defectos. En primer lugar, no todos los acreedores tienen la posibilidad de negociar sus relaciones con las sociedades deudoras, de forma de evitar cargar involuntariamente con los riesgos que tal sociedad genera.⁴⁷ Un importante conjunto de acreedores lo son involuntariamente, y sin posibilidad de negociar con la sociedad las condiciones de sus créditos; tal el caso de las acreencias tributarias, de las resultantes de la

⁴⁵ Meiners et. al, *Piercing...*, 351 y ss.

⁴⁶ Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 44 y ss.

⁴⁷ Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 50 y ss. Véase asimismo Clark, *Corporate Law*, 78.

responsabilidad extracontractual y de las laborales⁴⁸, entre otras. Respecto de estos acreedores, los actos de la sociedad mediante los cuales esta traslada a los acreedores los riesgos de la actividad empresarial no son susceptibles de ser evitados o de ser compensados mediante un cambio en el precio de sus prestaciones. Por lo tanto, se crea un incentivo para que los socios que gobiernan la sociedad estructuren sus negocios y organización de modo de trasladar a los acreedores la mayor cantidad posible de pérdidas⁴⁹, y no exclusiva o principalmente en función de la rentabilidad o eficiencia de esos negocios y organización.

En segundo lugar, se advierte inmediatamente que buena parte de los argumentos favorables a la responsabilidad limitada de los socios son relevantes para sociedades cotizadas, que en los países latinoamericanos constituyen una ínfima minoría de las sociedades con responsabilidad limitada de los socios, y que además carecen de las características de las sociedades cotizadas estadounidenses, que no tienen, comúnmente, un grupo controlante integrado por personas físicas determinadas. En las sociedades comerciales latinoamericanas existe, prácticamente siempre, un grupo de socios controlantes, para los que no se plantea la dicotomía entre control formal y manejo de la gestión en que se basa el desarrollo de los argumentos antes expuestos.

En tercer lugar, si bien la responsabilidad limitada crea una serie de ventajas en cuanto a la organización más eficiente de las entidades societarias, puede también originar desventajas derivadas de que quienes toman las decisiones relativas al funcionamiento de tales entidades pueden trasladar a terceros los riesgos o malos resultados de tales decisiones, conformando así un sistema de toma de decisiones sesgado a favor de actividades peligrosas o ineficientes. Esta posibilidad es examinada en el siguiente apartado.

4. La responsabilidad de los socios y la asignación de los riesgos

⁴⁸ Easterbrook y Fischel incluyen a los acreedores laborales en el elenco de los acreedores voluntarios, que pueden así compensar mediante el precio de sus prestaciones el riesgo que el régimen de responsabilidad limitada traslada en su contra. Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 50.

No creemos que este encuadramiento sea correcto en países como la Argentina y otros con sistemas jurídicos y económicos similares. Los salarios vienen determinados por un complejo conjunto de elementos jurídicos imperativos, negociaciones colectivas e individuales que no pueden asimilarse a una negociación contractual típica. Ciertamente, como se verá en el apartado 5, *infra*, el sector laboral tiene mecanismos políticos y jurídicos indirectos para compensar, al menos en parte, los efectos de la responsabilidad limitada de los socios. Pero el recurso a esos mecanismos se explica, en gran medida, por la ineficacia de las posibles negociaciones individuales entre trabajadores y empleadores, en materia de incidencia de responsabilidad del negocio y su posible compensación.

⁴⁹ Por ejemplo, mediante la baja capitalización de la sociedad.

La actividad empresarial está sujeta a riesgos. Planeada cierta actividad, esta puede resultar en ganancias o en pérdidas, sin que se sepa con certeza cuál será el resultado concreto en cada caso. Las decisiones de inversión se toman en base a las expectativas respecto de estos resultados inciertos.

Supóngase que en la actividad petrolera una de cada diez perforaciones resulta exitosa. Asumamos que cada perforación tiene un costo de cien pesos, y que si resulta exitosa generará ingresos netos, durante la vida útil de la explotación de mil pesos (ello en base a los niveles actuales del precio). En base a estos datos, y sin considerar posibles efectos financieros, la rentabilidad de la inversión en esta actividad sería nula, y no habría incentivos para la inversión. Sin embargo, si los precios del petróleo aumentaran en un diez por ciento, la inversión sería en principio rentable. Supóngase que en tal caso se explotasen diez pozos y que la rentabilidad del pozo exitoso pasara a ser de dos mil pesos. Nuevamente dejando de lado efectos financieros, la rentabilidad neta de diez pozos sería de mil pesos.⁵⁰

Supongamos ahora que la empresa que va a llevar a cabo las explotaciones mencionadas es una sociedad colectiva de cinco socios con igual participación. Con el precio superior del petróleo, cada socio recibiría un ingreso neto de doscientos pesos, pero correría con el riesgo de responsabilidades por mil pesos, pues el régimen en esa sociedad sería de responsabilidad ilimitada y solidaria. Si un socio no puede asegurarse que los restantes socios cargarán con su parte en las posibles responsabilidades, enfrentará un riesgo que normalmente lo disuadirá de la inversión. De esta manera, la intención de llevar a cabo la explotación petrolera mediante una sociedad colectiva, incrementaría tanto el riesgo en comparación al que enfrentaría una empresa unipersonal⁵¹, de forma tal que no sería posible la explotación mediante la primera figura societaria.

Obsérvese que cuanto mayor sea el número de socios, menos atractiva será la inversión mediante una sociedad con responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios. Los ingresos se dividen entre un mayor número de participaciones, y las pérdidas potenciales son las mismas.

⁵⁰ El cálculo es matemáticamente más complejo, pues la expectativa de ingresos en un contexto de incertidumbre, recibe otro tratamiento bajo el cálculo de probabilidades. Pero las diferencias con la versión simplificada dada en el texto no son mayores.

⁵¹ En la empresa unipersonal la exposición a la responsabilidad es la misma, pero se ve compensada por el hecho de que el empresario se apropia de la totalidad de los ingresos en caso de éxito. En otros términos, el ingreso de socios ilimitada y solidariamente responsables no disminuye la exposición a los riesgos de la explotación, pero sí disminuye los ingresos de cada socio.

Tómese ahora el caso de empresarios que cuentan con la posibilidad de actuar mediante sociedades con responsabilidad limitada de los socios. Estos empresarios podrían constituir una sociedad para cada explotación. Supongamos que pueden constituir tal sociedad con aportes de diez pesos, financiándose los noventa pesos restantes de costos de cada perforación mediante deuda. En tal caso, y con el precio original del petróleo, un conjunto de diez explotaciones generaría un ingreso neto de mil pesos – el resultante del hipotético pozo exitoso – y un costo para los socios con responsabilidad limitada de cien pesos. El resto de los costos sería trasladado a los acreedores. Para los socios, la actividad sería rentable aún a precios en que no lo sería de llevársela a cabo mediante una empresa unipersonal.

En un sistema de economía de mercado, una hipótesis implícita en la racionalidad y eficiencia del sistema es que quienes toman las decisiones empresarias computen plenamente los ingresos y costos atribuibles a sus decisiones. En los ejemplos precedentes, tal es lo que sucede cuando la producción se organiza en forma de empresa unipersonal. Si la empresa se organiza mediante sociedades con responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, cada socio, al decidir si participa o no de inversiones en esas sociedades, se ve expuesto a un riesgo superior al que experimentaría en el marco de una empresa unipersonal. Por lo tanto, se anulan o compensan las ventajas organizativas que puedan tener esos instrumentos societarios.⁵²

Contrariamente, en las sociedades con responsabilidad limitada de los socios, quienes toman las decisiones de invertir o producir – o sea los socios – se encuentran con el sesgo opuesto. En caso de una decisión exitosa, los socios pueden apropiarse de todo el excedente que genere esa decisión, pero si la decisión tiene resultados negativos, parte de estos resultados podrán ser desviados a los acreedores, que cargarán con sus consecuencias.⁵³ De esta forma, actividades que no serían rentables en el contexto de una empresa unipersonal y del cálculo “normal” – desde el punto de vista de las premisas del sistema económico de mercado – de rentabilidad, sí pueden serlo en caso de llevarse a cabo mediante sociedades de responsabilidad limitada. En el ejemplo precedente, las explotaciones petrolíferas que no son

⁵² Como se observó precedentemente en este apartado, el agravamiento del riesgo para los inversores es tanto más intenso cuanto mayor sea el número de inversores y menor la participación de cada inversión en los beneficios societarios. Ello explica, en buena medida, que haya sido en las grandes sociedades con alto número de inversores donde se originaron las figuras de sociedades con responsabilidad limitada de los socios, por ser esas sociedades las que mayores obstáculos encontraban para su constitución en ausencia de esa limitación de responsabilidad.

⁵³ Este desvío se produce al resultar la insolvencia de las sociedades. Tanto mayor será el desvío cuanto menor sea la proporción del patrimonio de la sociedad financiada por los socios, y mayor el nivel de deuda, pues la insolvencia será más probable y mayor su incidencia sobre los acreedores.

rentables al precio inicial, para una empresa unipersonal, sí lo son a ese nivel de precios para las sociedades de responsabilidad limitada. Se altera así uno de los elementos centrales del sistema de precios, pues la oferta ya no reflejará sus verdaderos costos, sino solamente aquellos que los socios no hayan logrado desviar hacia los acreedores. Se crea asimismo un sesgo hacia actividades riesgosas, pues es en ellas en donde existe mayor posibilidad de derivar las pérdidas hacia los acreedores.⁵⁴

Obsérvese que la generación de este último sesgo está, en principio, a cargo de quienes se aprovechan de él: los accionistas y demás socios con responsabilidad limitada. Son ellos los que deciden cómo fragmentar sus explotaciones⁵⁵ y en qué medida financiarlas mediante capital o mediante deudas. Sin embargo, su libertad en esta materia no es ilimitada. Solo una parte de la deuda será involuntaria para los acreedores⁵⁶ y si es voluntaria solo aceptarán ser acreedores exigiendo una compensación en forma de mayores intereses y garantías, que será tanto mayor cuanto mayor sea el nivel de riesgo a que se expongan tales acreedores. Por lo tanto, los acreedores voluntarios pueden evitar el sesgo aquí analizado, a su respecto, siendo los involuntarios los que lo experimentarán plenamente.

El desvío precedentemente descrito dista de ser una cuestión meramente teórica. La evolución de las entidades financieras, a lo largo del siglo XX, muestra una permanente tendencia hacia la reducción de la participación de los recursos propios en la capitalización de dichas entidades, o sea un mayor grado de endeudamiento o “apalancamiento”⁵⁷. Existe un fuerte incentivo para ello, originado en que se logra una mayor rentabilidad para el capital

⁵⁴ Así, en el ejemplo precedente, si la actividad petrolera no fuera riesgosa, y fuera plenamente previsible la rentabilidad de cada pozo, ninguno de éstos generaría pérdidas y no habría desvío alguno de costos hacia los acreedores. Si la actividad fuera más riesgosa, mayor sería la proporción de perforaciones que fracasarían en perjuicio de los acreedores, y mayor la rentabilidad – apropiada por los accionistas – de las perforaciones exitosas.

⁵⁵ Un ejemplo extremo de este tipo de decisiones se encuentra en el famoso fallo estadounidense “Walkovszky v. Carlton”, 223 N.E. 2d 6 (NY, 1966). En ese caso, una empresa operadora de taxímetros había constituido diez sociedades anónimas, cada una de las cuales tenía dos vehículos. De producirse un accidente, la expectativa de los accionistas era limitar la responsabilidad al (escaso) patrimonio de cada sociedad. La pérdida generada por un accidente se trasladaba así a los acreedores involuntarios, o sea las víctimas del accidente. Eran los propios accionistas los que armaban esta estructura societaria y quienes se beneficiaban por la transferencia de riesgos hacia los acreedores.

⁵⁶ Véase la n. 47, *supra*, y el texto a ella correspondiente. Las dificultades que encuentran los acreedores involuntarios para protegerse de las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios han llevado a propuestas en el sentido de no extenderles los efectos de la responsabilidad limitada. Véase Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, *The Yale Law Journal* 100 (1991): 1879.

⁵⁷ Por ejemplo, en el caso de Bear Stearns, que fue uno de los hitos en la crisis financiera del año 2008, el patrimonio neto representaba aproximadamente un 3% del activo de la sociedad, al producirse su insolvencia. Los recursos de terceros equivalían al restante 97%.

propio, en la medida en que opere junto con mayores recursos de terceros de los que pueda extraerse una rentabilidad. La contracara es que se potencia así el riesgo de insolvencia⁵⁸, aunque para ello los administradores de las correspondientes sociedades cuentan con un incentivo adicional; pues cuanto menor sea la participación del capital de los socios en el patrimonio de la sociedad menores serán las pérdidas que sufrirán tales socios.⁵⁹

5. Mecanismos jurídicos de neutralización de la responsabilidad limitada de los socios

La evolución del régimen de sociedades anónimas, desde el siglo XIX hasta nuestros días, muestra un proceso paralelo pero de dirección contraria al descrito en los apartados anteriores, dirigido a hacer pesar sobre los accionistas y socios todo o parte de la responsabilidad respecto de los acreedores de la sociedad. Este proceso se caracteriza porque mientras que la legislación societaria mantiene la regla básica y general en el sentido de que los accionistas solo responden en la medida de sus aportes⁶⁰, a tal regla se suman múltiples normas y prácticas jurisprudenciales, societarias y extrasocietarias, que limitan las consecuencias de esa regla básica.

Como en múltiples otras áreas de la evolución jurídica, la aquí analizada no resulta de una elaboración unívoca y sistemática, sino de la operación de distintos mecanismos, valores e intereses, que han conducido gradualmente a que el tema de la responsabilidad limitada de los socios tenga un tratamiento significativamente distinto al que surge de una visión simplista de la legislación.

Esa evolución, en el plano de las fuentes jurídicas, se manifiesta conforme se verá en el presente apartado, a través de modificaciones de amplio alcance y fuerte nivel de abstracción

⁵⁸ Tomado en ejemplo cit. en la n. anterior, un índice de recursos propios como el allí descrito implica que una caída del 3% en el valor promedio de los activos de la sociedad borra su patrimonio neto, y crea una alta probabilidad de que los acreedores no puedan hacer efectivos sus créditos.

⁵⁹ Se supone que los administradores protegerán en su gestión los intereses de los socios, y dirigirán la sociedad de manera de reflejar tales intereses. La realidad es más compleja y frecuentemente conduce, sobre todo en las grandes sociedades, a un desvío aún más fuerte a favor de decisiones riesgosas. Los administradores, en estas sociedades, suelen tener esquemas de remuneraciones vinculadas a las ganancias de la sociedad, pero aunque sufren en caso de falta de ganancias, no ven trasladadas a su patrimonio las pérdidas que eventualmente puedan resultar. Se produce así una asimetría adicional, pues en esquemas de este tipo un administrador de una sociedad que registra fuertes ganancias y luego fuertes pérdidas obtendrá mayores ingresos que el de una sociedad con resultados neutros. Aunque existen mecanismos para minimizar esta asimetría adicional, los accionistas solo tienen incentivos para utilizarlos en tanto la posición de los administradores no refleja su propia asimetría en materia de riesgos.

⁶⁰ Véase el art. 163 de la LSC.

efectuadas en el plano legislativo. Así, en el primer conjunto de modificaciones encontramos las incluidas en la LSC, particularmente en su artículo 54, reformado por la Ley 22.903, en materia de responsabilidad de las personas controlantes de sociedades, así como las incluidas en la Ley de Concursos y Quiebras⁶¹ respecto de la extensión de la quiebra. En el segundo conjunto, se pueden mencionar las normas, de distinta jerarquía, que en materia impositiva extienden a socios y administradores la responsabilidad respecto de ciertas obligaciones de la sociedad en que actúan.

Otra fuente de cambios se encuentra en el enfoque jurisprudencial adoptado respecto de la responsabilidad de los socios. Así, especialmente, la teoría de la desestimación de la personalidad societaria, con fuerte incidencia sobre el régimen de responsabilidad de los socios, tiene un origen fundamentalmente jurisprudencial, y aun las normas legales que la han incorporado tienen un contenido marcadamente impreciso que solo alcanza un grado razonable de concreción y previsibilidad mediante una extensa elaboración jurisprudencial.

El complejo proceso de neutralización de la responsabilidad limitada de los socios no ha sido el resultado de una elaboración abstracta de las ventajas y costos de la extensión de esa responsabilidad. Por el contrario, tanto en la Argentina como en el derecho comparado, ha respondido más bien a intereses sectoriales – afectados por la responsabilidad limitada – y a la percepción por la jurisprudencia de que la responsabilidad limitada de los socios chocaba, en ciertos contextos, con los principios generalmente aceptados de justicia. Que esto ocurra en el plano jurisprudencial es normal, pues no es función de la justicia efectuar análisis abstractos de las instituciones jurídicas. Pero no lo es cuando se trata de elaborar y analizar normas generales, como las incluidas en la legislación societaria y en sus proyectos de reforma que, actualmente, continúan con una visión parcializada de la responsabilidad limitada, que desconoce sus posibles costos para el conjunto de los agentes económicos.

Seguidamente se examinarán los principales mecanismos jurídicos empleados para neutralizar la responsabilidad limitada de los socios.⁶²

5.1) Desestimación de la personalidad societaria

⁶¹ Ley 24.522 y sus modificaciones. Ley de Concursos y Quiebras. B.O. 09/08/1995.

⁶² Debe aclararse que varios de estos mecanismos han sido desarrollados con funciones más amplias o distintas a la neutralización de la limitación de responsabilidad de los socios. Esa neutralización es un resultado accesorio de tales mecanismos, y no su fin principal.

La misma está conformada por una serie de reglas y principios que permiten, bajo ciertas circunstancias, no aplicar la personalidad reconocida como regla general a un ente societario, atribuyendo las relaciones societarias que se imputarían a ese ente en base a su personalidad, a otras personas, particularmente sus socios⁶³. Así, por ejemplo, si cierta sociedad anónima X es responsable por cierta obligación y se desestima su personalidad, la responsabilidad será atribuida a sus accionistas, a sus administradores o a quien en cada caso se determine conforme a las reglas aplicables a la situación particular de que se trate.

La desestimación de la personalidad societaria debe distinguirse de otras figuras afines. Respecto de la extensión de la responsabilidad, se diferencia por cuanto en tal extensión cada entidad responsable retiene su propia personalidad jurídica, mientras que en la desestimación de la personalidad se niegan los efectos de ésta y ciertas relaciones jurídicas se imputan a personas distintas a aquella cuya personalidad se ha desestimado, por ejemplo, los socios. Ciertos efectos son similares – el peso de la responsabilidad sobre personas distintas a la sociedad –, pero la estructura jurídica mediante la que se llega a tales efectos es diferente. Asimismo, la desestimación de la personalidad societaria se diferencia de la extensión de la quiebra, pues en esta tanto la persona que quiebra originalmente como aquella a la que se extiende la quiebra retienen su personalidad jurídica.⁶⁴ Sin embargo, también existe paralelismo entre ambos institutos, pues la desestimación puede conducir a la extensión de la quiebra, al considerarse que la persona que quebró originalmente y otras personas – por ejemplo, sus socios – constituyen una única entidad a la que se aplican los efectos de la quiebra original.

No es posible resumir con precisión los extremos que tienen por efecto la desestimación de la personalidad societaria. En términos generales, tal desestimación tiene lugar cuando la personalidad societaria y sus consecuencias entran en conflicto con una regla jurídica con un valor superior al que corresponde al régimen de personalidad jurídica. Así, por ejemplo, si la personalidad societaria es usada como instrumento para violar los derechos sucesorios de los

⁶³ Respecto de la desestimación de la personalidad societaria, Véase Guillermo Cabanellas, *La personalidad jurídica societaria* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994). Véase asimismo Juan M. Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984); Marcelo J. López Mesa y José Daniel Cesano, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000); Francisco M. López Raffo, *El corrimiento del velo societario* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005); Carlos A. Molina Sandoval, *La desestimación de la personalidad jurídica societaria* (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002).

⁶⁴ Véase por ejemplo el art. 168 de la LCQ, del que surge que, en casos de extensión de la quiebra, pervive la distinta personalidad jurídica de la entidad que originalmente quiebra y la de aquella a la que se extiende la primera quiebra.

herederos necesarios, se podrá “descorrer el velo de la personalidad jurídica”, negando efectos a tal personalidad. El problema con este enfoque, aunque formalmente correcto, es que no es fácil precisar cuándo una regla jurídica tiene un valor superior al régimen de personalidad jurídica, conduciendo a la prescindencia o superación de este. Se trata de una cuestión que deja un amplio campo a la prudencia judicial y que presenta fuertes incertidumbres en su aplicación.

Una alternativa expositiva consiste en enumerar los casos, o tipos de casos, en que resulte aplicable la desestimación de la personalidad societaria. Pero esta metodología puede resultar engañosa desde dos ángulos. Por una parte, oculta el hecho de que según se desarrollan nuevas relaciones jurídicas pueden surgir nuevos tipos de casos de desestimación, basados en los principios generales que la orientan. En segundo lugar, en general no existen casos que automáticamente resultan o no resultan en la desestimación de la personalidad societaria, sino que la jurisprudencia evalúa un conjunto de elementos, muchos de ellos de vagos contornos, para determinar la aplicabilidad o rechazo de la desestimación.

La desestimación de la personalidad jurídica ha sido utilizada como un instrumento para evitar o restringir los efectos de la responsabilidad limitada de los socios⁶⁵. Así, en el ya citado caso *Walkovszky*⁶⁶ la utilización de una multiplicidad de sociedades para limitar la responsabilidad de los socios frente a terceros fue considerada como motivo para desestimar la personalidad de esas sociedades. No es claro, sin embargo, ni en este ni en otros casos similares, cuál es el fundamento y límite de la desestimación.⁶⁷ Por ejemplo, ¿qué hubiera pasado en el mencionado caso si se hubieran incluido dos o más autos por sociedad? Ciertamente, no hubiera sido tan evidente que el único motivo para la constitución de una pluralidad de sociedades era la transferencia de los riesgos del negocio a sus potenciales acreedores. El mismo comentario corresponde respecto de la posibilidad de variar mínimamente el elenco de socios de cada sociedad. En los hechos, en el caso *Walkovszky* la desestimación se fundó en que las sociedades fueron consideradas como un mero instrumento para los negocios individuales de sus socios.⁶⁸ Pero este es un fundamento muy impreciso, y hasta vacío de contenido. Toda sociedad es un instrumento de sus socios. Debe existir algún otro motivo – no expresado en este caso, lo mismo que en muchos otros – que permita dar un fundamento concreto a la desestimación de la personalidad.

⁶⁵ Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 54 y 55.

⁶⁶ Véase la nota al pie n° 54.

⁶⁷ Véase Clark, *Corporate Law*, 84 y ss.

⁶⁸ Véase Clark, *Corporate Law*, 84 y 85.

Easterbrook y Fischel⁶⁹ consideran que la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria – y la aplicación que de ella hacen los tribunales – constituyen un mecanismo para lograr un mejor equilibrio entre los costos y beneficios atribuibles al régimen de responsabilidad limitada. Así, por ejemplo – agregado por nuestra parte – si una sociedad tiene un único socio real, se pierde el justificativo económico de la responsabilidad limitada, pues dejan de existir las circunstancias que justifican tal limitación.⁷⁰ Coherentemente con ello, la inexistencia de una pluralidad real de socios es uno de los motivos que conduce a la pérdida de los beneficios del régimen de responsabilidad limitada.⁷¹

Este enfoque, sin embargo, presenta fuertes limitaciones. Es muy difícil para los jueces efectuar una mínima evaluación de las consecuencias económicas de la responsabilidad limitada y de sus limitaciones, especialmente en relación con casos particulares. Por otra parte, el sistema jurídico funciona en base a reglas que no pueden depender de un mero criterio económico, tanto debido a la imprecisión de tal criterio, como a las diferencias de enfoque para su aplicación y el costo de esta. El resultado es que, en materia de desestimación de la personalidad societaria, se finaliza por crear un conjunto inmanejable⁷² de reglas legislativas⁷³ y precedentes jurisprudenciales que no permite prever, con un mínimo razonable de seguridad, la solución aplicable en cada caso⁷⁴.

Asimismo, buena parte de las consecuencias del régimen de la desestimación de la personalidad societaria pueden ser eludidas mediante un manejo prolijo de las estructuras societarias. Así, manteniendo un socio minoritario económicamente irrelevante, la separación patrimonial dentro de los grupos societarios, y el manejo independiente de cada sociedad, pueden evitarse buena parte de los ataques basados en las reglas sobre desestimación de la personalidad societaria. Por lo tanto, las reglas sobre desestimación de la personalidad societaria solo muy imperfectamente permiten ajustar el régimen de responsabilidad limitada

⁶⁹ Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 55.

⁷⁰ Véase el texto posterior a la nota al pie n° 43.

⁷¹ Véase Cabanellas, *La personalidad jurídica societaria*, 303 y ss.

⁷² Véase Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations* (Boston: Little, Brown, 1987). Esta obra, entre otras del mismo autor, pone de manifiesto el inmanejable conjunto de reglas desarrolladas en el derecho estadounidense en el ámbito de las excepciones a la responsabilidad limitada de los socios. Entre las críticas a la teoría de la desestimación de la personalidad societaria, por su complejidad, imprevisibilidad y arbitrariedad en cuanto a sus resultados, véase Stephen M. Bainbridge, “Abolishing LLC Veil Piercing”, *University of Illinois Law Review* 1 (2005): 77.

⁷³ El derecho argentino presenta una evolución particularmente temprana y amplia en cuanto a la utilización de reglas legislativas en materia de desestimación de la personalidad societaria. Véase por ejemplo los arts. 54 de la LSC y 161 de la LCQ. Pero estas reglas son en realidad muy vagas e imprecisas, y en gran medida no hacen sino ocultar el amplio marco de discrecionalidad dejado al juzgador.

⁷⁴ Véase Clark, *Corporate Law*, 73 y ss.

de los socios a sus fundamentos económicos y a su razonable equilibrio con otros aspectos del orden jurídico.

En suma, el régimen de desestimación de la personalidad societaria es un elemento impreciso, limitado, de costosa aplicación y sujeto a altos niveles de discrecionalidad, para la morigeración de las consecuencias lesivas de la limitación de la responsabilidad de los socios.

5.2) La responsabilidad del socio bajo el régimen societario común

Las normas propias de los distintos tipos societarios establecen una serie de posibles responsabilidades de los socios que alteran sustancialmente el régimen básico de responsabilidad propio de cada tipo. Así, en el ámbito de las sociedades anónimas, la limitación de la responsabilidad del accionista a la integración de las acciones suscriptas es la regla básica⁷⁵, pero está sujeta a múltiples excepciones⁷⁶. Cabe mencionar en tal sentido las siguientes:

- a. Las sociedades con objeto ilícito hacen ilimitada y solidariamente responsables a los socios por el pasivo social y los perjuicios causados.⁷⁷ Una solución similar se extiende a las sociedades que tengan un objeto prohibido en razón del tipo⁷⁸, y a las de objeto lícito, con actividad ilícita, aunque en este último caso con exclusión de la responsabilidad de los socios que acrediten su buena fe⁷⁹.
- b. Si la sociedad no se constituye regularmente o es declarada nula, los socios quedarán sujetos a un régimen de responsabilidad solidaria por las deudas de la sociedad.⁸⁰
- c. Los socios son responsables ilimitada y solidariamente por la constitución y aumento de capital en violación de las reglas sobre participaciones recíprocas.⁸¹
- d. La evicción respecto de los bienes aportados por un socio hace a éste responsable por los daños causados.⁸²

⁷⁵ Véase el art. 163 de la LSC.

⁷⁶ Véase al respecto el importante trabajo de Mariano Gagliardo, “Responsabilidad del accionista”, en *Sociedades anónimas*, ed. Mariano Gagliardo (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), 285 y ss.

⁷⁷ Véase el art. 18 de la LSC.

⁷⁸ Véase el art. 20 de la LSC.

⁷⁹ Véase el art. 19 de la LSC.

⁸⁰ Véase el art. 23 de la LSC. Véase asimismo Gagliardo, “Responsabilidad del accionista”, 308 y ss.

⁸¹ Véase el art. 32 de la LSC.

⁸² Véase el art. 46 de la LSC.

- e. Los socios responden solidariamente por el daño causado a la sociedad por su dolo o culpa.⁸³
- f. Conforme al artículo 54, *in fine* de la LSC: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Se trata de un caso de responsabilidad por desestimación de la personalidad societaria, muy imprecisamente delineado por la LSC⁸⁴ y que presenta las dificultades propias del régimen de desestimación⁸⁵.
- g. Los accionistas de mala fe y los restantes socios que perciban dividendos distribuidos ilícitamente están obligados a la repetición de tales dividendos.⁸⁶
- h. Los accionistas y demás socios son responsables respecto de los daños que causen en violación de las reglas que limitan su voto cuando tienen un interés contrario al social.⁸⁷ Los accionistas que votaron favorablemente resoluciones asamblearias que se declaren nulas responden ilimitada y solidariamente por las consecuencias de las mismas.⁸⁸

En la práctica, los efectos de estas causales de responsabilidad son muy escasos. Como sucede en materia de desestimación de la personalidad societaria, una administración prolija de la sociedad y de sus relaciones con sus socios controlantes es generalmente suficiente para evitar la aplicación de estas variantes de extensión de responsabilidad. Es muy baja la proporción de casos en que la responsabilidad limitada de los socios se ve afectada por las reglas analizadas en el presente apartado. Más aún, estas reglas prácticamente no tienen incidencia sobre los principales problemas creados por la limitación de la responsabilidad de los socios, que son los relativos al sesgo hacia el riesgo que tal limitación produce⁸⁹ y la transferencia a los

⁸³ Véase el art. 54 de la LSC.

⁸⁴ Respecto de las dificultades para delimitar el campo de aplicación de estas reglas, Véase Cabanellas, *La personalidad jurídica societaria*, 92 y ss.

⁸⁵ Véase el punto a) del presente apartado.

⁸⁶ Véase los arts. 68 y 225 de la LSC.

⁸⁷ Véase el art. 248 de la LSC.

⁸⁸ Véase el art. 254 de la LSC.

⁸⁹ Véase el apartado 4. La mera creación de estructuras empresarias más riesgosas que las que existirían en ausencia de responsabilidad limitada no incide sobre la responsabilidad de los socios bajo las reglas descriptas en el presente punto b).

acreedores de las consecuencias de las decisiones erróneas en materia de inversión y gestión societaria⁹⁰.

5.3) La responsabilidad del socio por su actuación personal

La responsabilidad limitada de los socios, bajo los tipos societarios que la prevén, rige respecto de las obligaciones de la sociedad, y no así respecto de las obligaciones que resultan atribuibles al socio por su actuación personal. Estas últimas obligaciones inciden directamente sobre el patrimonio del socio, en función de las reglas comunes en materia de responsabilidad civil. Así, por ejemplo, si un accionista conduce un automóvil de la sociedad en que participa y atropella a un peatón por conducir negligentemente, ese conductor será personalmente responsable, sin perjuicio de que pueda compartir su responsabilidad con la sociedad por razones tales como la responsabilidad de esta debido a su titularidad respecto del vehículo.

En un primer examen, podría entenderse que esta regla tiende a crear incentivos para que los accionistas actúen teniendo en cuenta las posibles pérdidas que su conducta puede causar a terceros. Sin embargo, ello no es así. La principal actuación de los accionistas, en el contexto societario, desde el punto de vista de su incidencia sobre los intereses de terceros, es su conducción directa e indirecta de la sociedad (directa en la medida en que son personalmente administradores de la sociedad o toman decisiones en el contexto de su órgano de gobierno; indirecta por elegir a los administradores de la sociedad). Pero mientras esa conducción tenga lugar dentro de los límites fijados por el estándar del buen hombre de negocios, no dará lugar a responsabilidad personal alguna de los socios que la llevan a cabo. Los distintos aspectos de las decisiones de gestión empresarial escapan a la judiciabilidad, en tanto los socios actúen diligentemente en el marco de ese estándar.⁹¹ La adopción de decisiones que crean riesgo o de una estructura empresarial que permite trasladar las pérdidas a los acreedores no es suficiente para crear la responsabilidad personal de los socios. Por lo tanto, la responsabilidad del socio por su actuación personal no tiene un efecto significativo desde el ángulo de la neutralización del incentivo a crear estructuras societarias que permiten trasladar los riesgos y pérdidas a terceros.

⁹⁰ Mientras la gestión de la sociedad se mantenga dentro de los límites usuales y no implique culpa, dolo o negligencia, no dará lugar a responsabilidad frente a terceros aunque esa gestión ocasione pérdidas. Véase Esteban Russell, “Judiciabilidad de los actos de gestión empresarial”, en *Empresas en crisis*, director Alfredo L. Rovira (Buenos Aires: Astrea, 2005), 299 y ss.

⁹¹ Véase Russell, “Judiciabilidad de los actos...”. Véase asimismo Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law* (Nueva York: Foundation Press, 2009), 96 y ss.

5.4) Responsabilidad de directores y administradores

Una posible forma de neutralizar los incentivos que las estructuras societarias crean para trasladar las consecuencias negativas de los negocios a los acreedores y otros terceros consiste en hacer a los directores y administradores responsables por la gestión de la sociedad. Como las decisiones empresariales son tomadas en buena parte por esos directores y administradores, se puede teóricamente alinear sus intereses a los del conjunto de personas afectadas por las decisiones empresariales de la sociedad haciendo a esos directores y administradores responsables por las consecuencias de esas decisiones.

La LSC recoge en alguna medida este enfoque, creando un complejo régimen de responsabilidad de los directores y administradores, cuyas reglas básicas se encuentran en los artículos 59 y 274.⁹² Sin embargo, este régimen no alcanza a neutralizar, ni en la teoría ni en la práctica, las consecuencias de los sesgos creados por el régimen de responsabilidad limitada de los socios. Por una parte, la responsabilidad de los directores y administradores está restringida por la regla que los protege respecto de las consecuencias imputables a decisiones de gestión empresarial; una decisión tomada en ese contexto, que sea perjudicial para terceros, pero que no sea culposa o dolosa en el ámbito fijado por los artículos 59 y 274 de la LSC, no hará responsables a los directores o administradores, aunque cree un riesgo empresarial. En otras palabras, una mala gestión empresarial, en cuanto sus resultados sean negativos o responda a criterios de administración impugnables, no hace responsable al administrador en tanto este actúe conforme al estándar de un buen hombre de negocios y no viole reglas ajenas a las relativas a la evaluación empresarial de su gestión.

Adicionalmente, los directores y administradores operan en un marco propio de asimetría en cuanto a la asignación de las consecuencias de sus decisiones. Si generan ganancias para la sociedad, los socios que los nombran se apropiarán de tales ganancias; si generan pérdidas, estas podrán trasladarse a los acreedores, en una medida que dependerá de la propia estructura societaria que diseñan los socios y los administradores por ellos designados.⁹³ De esta forma, los socios tendrán interés en conformar un sistema de incentivos que motive a los directores y

⁹² Véase Mariano Gagliardo, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

⁹³ Así, cuanto mayor sea el nivel de endeudamiento de la sociedad, mayor será la posibilidad de trasladar las pérdidas a los acreedores.

administradores a actuar conforme a su propia estructura de intereses, y no a la de los acreedores, que son ajenos a la designación y remuneración de directores y administradores.⁹⁴

En los hechos, el régimen de responsabilidad de directores y administradores neutraliza en muy escasa medida las distorsiones creadas por la responsabilidad limitada de los socios. Esa responsabilidad limitada traslada a los acreedores importantes riesgos y pérdidas, que solo en mínima parte son compensados en virtud del régimen de responsabilidad de directores y administradores.

5.5) El régimen concursal

Las normas en materia de quiebras y concursos han jugado, tradicionalmente, un papel importante en la determinación de las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios. Debe observarse que es en el contexto de las quiebras y concursos que se manifiestan más directamente esas consecuencias; el régimen de responsabilidad limitada implica que, producida la cesación de pagos de una sociedad deudora, los socios con responsabilidad limitada no son, como regla básica, responsables por las deudas de esa sociedad, en contraposición a lo que sucede con los socios con responsabilidad ilimitada, a quienes se extiende la quiebra de la sociedad deudora insolvente.⁹⁵

Hasta finales del siglo XX, el régimen concursal incluía una serie de elementos que neutralizaban o morigeraban ciertos aspectos de la responsabilidad limitada de los socios. En especial, la quiebra de una sociedad sometía a sus administradores a sanciones de distintos tipos – inhabilitaciones, calificación de su conducta, sanciones penales – que implicaban un elemento disuasorio respecto de actividades o estructuras empresarias con un sesgo riesgoso.

Sin embargo, como parte de una corriente dominante en el derecho comparado, la reforma del régimen de concursos y quiebras, mediante la Ley 24.522, implicó en gran medida morigerar los efectos sancionatorios del sistema concursal. Se buscó así facilitar la plena reinserción del quebrado en el sistema económico y eliminar elementos sancionatorios que en los hechos carecían de efectos debido a su pobre aplicación.

⁹⁴ La coincidencia de intereses de administradores y socios es particularmente intensa en la Argentina y demás países latinoamericanos, donde la concentración del control societario en personas físicas concretas impide la dicotomía entre propiedad y control de la sociedad típica de las grandes sociedades cotizadas de los países desarrollados.

⁹⁵ Véase el art. 160 de la LCQ.

Debe observarse que ciertos aspectos del régimen concursal argentino tienden a incrementar los sesgos hacia el riesgo y hacia el traslado a los acreedores de las consecuencias negativas de las actividades empresarias. En el sistema concursal estadounidense, la aplicación relativamente estricta del principio de prioridad de derechos implica que, tanto en las quiebras como en los concursos preventivos o reorganizaciones concursales, solo se reduce el contenido de los derechos de los acreedores una vez que se han eliminado todos los derechos de los socios respecto del patrimonio de la sociedad.⁹⁶ En cambio, bajo el derecho argentino, es posible y común en la práctica que la consecuencia de un concurso preventivo sea un acuerdo en que se reducen los derechos de los acreedores respecto del patrimonio social, incrementando correlativamente los derechos de los socios. Todo esto implica que, bajo el derecho estadounidense, la posibilidad de transferir los riesgos y pérdidas a los acreedores sociales es significativamente menor, en caso de insolvencia, de lo que lo es bajo el derecho argentino.

5.6) Exigencias en materia de capitalización

La estructura del patrimonio de una sociedad incide en forma directa e inmediata sobre la manera en que se distribuyen, entre acreedores y socios, las consecuencias de las pérdidas de la sociedad.⁹⁷ Tómese el caso de una sociedad cuyos activos valen cien pesos. Supongamos que la sociedad experimenta pérdidas de igual valor. Si antes de las pérdidas las deudas de la sociedad eran de cincuenta pesos y su patrimonio neto, por lo tanto, de cincuenta pesos, las pérdidas inciden en igual proporción sobre acreedores y socios. Pero si las deudas son de noventa pesos y el patrimonio neto de diez, los acreedores cargarán con el noventa por ciento de las pérdidas, y los socios solo con el diez por ciento. En cambio, tratándose de las ganancias, los socios tienen pleno derecho sobre ellas en ambas estructuras de capital. Por lo tanto, el incentivo para llevar a cabo operaciones riesgosas es tanto más alto, para los socios que las deciden, cuanto mayor es el endeudamiento proporcional de la sociedad, pues mayor será así la proporción de las pérdidas que se desvíe hacia los acreedores.⁹⁸

⁹⁶ Véase Jeffrey T. Ferriell y Edward J. Janger, *Understanding bankruptcy* (Newark, Nueva Jersey: Lexis Nexis Mathew Bender, 2007), 333 y ss., y 727 y ss.

⁹⁷ Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 59.

⁹⁸ Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 59. Tómese el caso de una sociedad que lleva a cabo diez explotaciones, cada una de las cuales tiene una renta segura de cinco pesos. Los socios reciben un ingreso neto de cincuenta pesos, y los acreedores pueden cobrar totalmente sus créditos. Tómese ahora el caso en que las explotaciones tienen un cincuenta por ciento de probabilidad de dar una ganancia de veinte pesos y un cincuenta

Por este motivo, es ya tradicional en el derecho estadounidense introducir exigencias en materia de capitalización de las sociedades con responsabilidad limitada de los socios. Estas exigencias presentan diversas variantes. Una consiste en la exigencia de niveles mínimos, absolutos o relativos, de capital, como condición para la formación regular de sociedades con responsabilidad limitada de los socios.⁹⁹ Otra, de gran importancia práctica en sectores como el financiero y el de los prestadores regulados de servicios públicos, implica la imposición de complejos requisitos en cuanto a la relación de recursos propios y ajenos, basados en aspectos tales como el riesgo de los activos de la sociedad.¹⁰⁰ Por último, el nivel de capitalización juega un papel fundamental en la desestimación de la personalidad societaria, siendo uno de los elementos principales utilizados para aplicar esa desestimación.¹⁰¹

Los efectos de la capitalización insuficiente han sido objeto de importantes disputas doctrinales en la Argentina.¹⁰² Sin embargo, en el derecho positivo tales efectos son limitados. Ciertamente, se exige un capital mínimo para la constitución de sociedades anónimas, pero la exigencia tiene escaso valor práctico. Sí existen mayores exigencias concretas en sectores como el financiero y el de seguros, pero responden – como en otros países – más a las particularidades de estos sectores que a una aplicación específica de una supuesta exigencia general de capitalización. Otras aplicaciones – por vía de la desestimación de la personalidad societaria, la responsabilidad de directores o socios por la escasa capitalización, las exigencias

por ciento de probabilidad de dar una pérdida de diez pesos. Un conjunto de diez explotaciones tendrá normalmente una rentabilidad neta de cincuenta pesos, como en el caso anterior. Pero si cada explotación se puede llevar a cabo con un patrimonio de diez pesos, dos de los cuales son aportados por los socios y ocho tomado de acreedores, las pérdidas atribuibles a las explotaciones se dividirán en diez pesos para los socios y cuarenta para los acreedores, y los socios tendrán una rentabilidad neta de noventa pesos (cinco explotaciones con una ganancia de veinte pesos cada una, menos pérdidas totales de diez pesos). Si los aportes de los socios son de un peso por explotación, solo sufrirán cinco pesos de pérdidas, y su rentabilidad neta será de noventa y cinco pesos. De esta forma, actividades empresarias de igual rentabilidad inicial se hacen más rentables para los socios cuanto mayor es el endeudamiento con las que se las lleva a cabo, siempre que esas actividades tengan un grado importante de riesgo.

⁹⁹ Véase Henn y Alexander, *The Law of Corporations*, 338 y ss.

¹⁰⁰ Pese a estas exigencias, el nivel proporcional de capitalización de las entidades financieras, en los Estados Unidos y en el mundo, ha descendido gradual y constantemente en los últimos doscientos años. La crisis de 2008 ha puesto freno, al menos temporariamente, a esta tendencia secular.

¹⁰¹ Véase Clark, *Corporate Law*, 74 y ss.

¹⁰² Véase al respecto Miguel E. Rubín, “La infracapitalización ‘argentinizada’: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición”, en *Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa*, 3 (2011): 129; Efraín H. Richard, “Sobre el patrimonio social: “¿Capitalismo de reposición o donatario?”, *Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa* 5 (2011): 151; Daniel Roque Vítolo, “Capital social, infracapitalización, sobreendeudamiento y el principio de limitación de la responsabilidad”, en *Sociedades comerciales, los administradores y los socios: responsabilidad en sociedades anónimas*, director José M. Embid Irujo (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004), 197.

de capital en la constitución de sociedades, etc. – son escasas o carecen de un fundamento jurídico concreto.¹⁰³

De *lege ferenda*, el análisis es distinto. Las mayores exigencias de capitalización – al formarse la sociedad, durante su existencia, en casos de desestimación societaria, etc. – permiten morigerar el sesgo que la responsabilidad limitada de los socios da a favor de actividades empresarias en las que el riesgo y las pérdidas pueden ser trasladadas a los acreedores¹⁰⁴; esto es particularmente el caso en supuestos de acreedores involuntarios, que carecen de la posibilidad de negociar una mayor protección para sus créditos¹⁰⁵. Por otra parte, las exigencias de capitalización tienen potencialmente un contenido concreto, que acota la posible responsabilidad de los socios y disminuye así los desincentivos a la inversión que resultan de la imputación ilimitada de responsabilidad, como es el caso cuando se desestima la personalidad societaria. Asimismo, esas exigencias tienen una formulación mucho más precisa que los extremos que fundamentan la desestimación de la personalidad societaria, y plantean así menos dificultades probatorias y de incertidumbre en su aplicación, que las correspondientes al régimen de desestimación.

5.7) Exigencias en materia de seguro

Uno de los mecanismos propuestos y utilizados para evitar los desvíos inherentes en el régimen de responsabilidad limitada consiste en la obligación de que la sociedad asegure ciertos riesgos, por ejemplo, los derivados de la responsabilidad extracontractual.¹⁰⁶ De esta forma, al materializarse el riesgo, el acreedor ve asegurado el cobro de su crédito – y el costo de la responsabilidad recae sobre la empresa que lo ha generado – por vía de las correspondientes primas.

Si bien estas exigencias se aplican en la práctica, muchas veces exitosamente, presentan evidentes limitaciones. Son eficaces respecto de riesgos concretos y acreedores determinados, particularmente los resultantes de responsabilidades por accidentes. No lo son respecto de otros tipos de acreedores, como los laborales – particularmente en lo que hace a las obligaciones que no nacen de accidentes o enfermedades laborales –, el Fisco y los originados

¹⁰³ Véase Rubín, “*La infracapitalización ‘argentinizada’*”.

¹⁰⁴ Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 59.

¹⁰⁵ Véase Clark, *Corporate Law*, 78.

¹⁰⁶ Véase Clark, *Corporate Law*, 78.

en contratos de adhesión. Tales acreedores, al carecer de seguro, quedan expuestos a los riesgos derivados de la política empresarial, y posible insolvencia, de su deudor.

En el derecho argentino, el uso de estas exigencias es limitado. Se las encuentra, con un grado importante de éxito práctico, en materia de responsabilidad por riesgos laborales y de responsabilidad por el uso de automotores y otros vehículos.

Resulta interesante observar que el régimen de garantía de depósitos tiene una lógica similar a la que subyace a los sistemas de seguro obligatorio aquí analizados. Teóricamente, los ahorristas son acreedores contractuales que potencialmente pueden negociar las condiciones de sus colocaciones, las que reflejarán así los riesgos a que están sujetas. Pero en la práctica, los ahorristas no pueden incurrir en los costos que implica averiguar, con un grado razonable de seguridad, los riesgos a que están expuestas sus colocaciones. Ello crea un incentivo a que las entidades financieras operen en condiciones severas de riesgo, sabiendo que ello tiene escasa incidencia en el costo y volumen de sus depósitos. Para neutralizar este sesgo se han impuesto múltiples requisitos regulatorios sobre las operaciones de estas entidades – inclusive en materia de capitalización –, junto con sistemas de seguro o garantía de depósitos.

5.8) Régimen de privilegios y prioridades

Una manera de minimizar los desvíos inherentes al régimen de responsabilidad limitada de los socios consiste en crear privilegios o prioridades, a favor de ciertos acreedores, en el concurso o liquidación de la sociedad deudora.¹⁰⁷ En particular, se otorga un privilegio a favor de los acreedores involuntarios, de forma de minimizar la probabilidad de que sus créditos permanezcan impagos. Esto implica debilitar la posición de los acreedores voluntarios, los que, sin embargo, tienen por hipótesis la posibilidad de negociar las condiciones de sus créditos con el deudor, y de trasladar así a este los mayores riesgos que implican los privilegios y prioridades otorgados a los acreedores involuntarios. Así, por ejemplo, los acreedores voluntarios podrían exigir mayores niveles de capitalización a sus deudores. De esta forma, la estructura empresarial y la asignación de sus riesgos se acerca a la deseable y a la que existiría en un contexto de plena negociación entre las partes.

El principal problema de esta propuesta es que requiere de un conjunto de acreedores con importante poder de negociación respecto de sus créditos, como son por ejemplo los

¹⁰⁷ Véase Clark, *Corporate Law*, 79.

bancos.¹⁰⁸ Pero gran parte de las sociedades carece de acreedores de este tipo, particularmente en países como la Argentina. Asimismo, debe recordarse que los socios con responsabilidad limitada, que son quienes determinan la organización de la sociedad, se benefician con las estructuras de traslado de riesgo a los acreedores que han sido descriptas a lo largo del presente estudio. Por lo tanto, esos socios tendrán un incentivo para evitar tener que sujetarse a las exigencias de los acreedores voluntarios perjudicados por los privilegios y prioridades aquí considerados. Como los privilegios y prioridades lo son respecto de otros acreedores, bastará para los socios el evitar que existan acreedores voluntarios para que el peso de las posibles insolvencias pese sobre los involuntarios.

5.9) Extensión de la responsabilidad en materia laboral

Uno de los campos en donde han sido erosionadas con mayor intensidad las reglas generales sobre responsabilidad limitada de los socios es el correspondiente a los créditos laborales.¹⁰⁹ La erosión ha llegado a través de múltiples instrumentos: se ha procedido a desestimar la personalidad societaria, de forma de hacer a los socios directamente responsables por las obligaciones de la sociedad; se ha hecho a los directores personalmente responsables por la violación de obligaciones laborales o provisionales; se ha extendido a los socios controlantes la responsabilidad por las obligaciones de la sociedad; etc.

Si bien el fundamento jurídico de este proceso dista de ser claro, preciso o firme – pues no cuenta con un sustento normativo suficiente en la legislación laboral, resultando más bien de la evolución de los criterios jurisprudenciales – su sentido dentro del análisis económico de la responsabilidad limitada de los socios es bastante claro. Los acreedores laborales tienen un conjunto de derechos derivados de un marco normativo que es en gran medida no negociable. La insolvencia de los deudores de tales derechos implica que éstos quedan vacíos de contenido. Los trabajadores, individualmente, carecen de capacidad de negociación para protegerse de las consecuencias de tal insolvencia. Pero, por otra parte, cuentan con una importante capacidad de negociación colectiva que les permite presionar por distintas vías de manera de asegurar la eficacia de los derechos mínimos que otorga el derecho laboral. Ello ha

¹⁰⁸ Véase Clark, *Corporate Law*, 79.

¹⁰⁹ Véase al respecto Miguel E. Rubín, “La responsabilidad de directores, socios y controlantes por las obligaciones laborales y provisionales de la sociedad empleadora”, *El Derecho* 211 (2005): 858 (ED 211-858); Carlos A. Molina Sandoval “La personalidad jurídica en el derecho laboral”, *Jurisprudencia Argentina* I (2002): 1081 (JA 2002-I-1081).

llevado al generalizado debilitamiento de la limitación de la responsabilidad de los socios en el ámbito laboral.

6. Conclusiones

La evolución histórica del régimen de responsabilidad de los socios ha llevado a un creciente distanciamiento de la responsabilidad limitada respecto de las condiciones económicas que la justifican. La tendencia actual, manifestada en el derecho comparado a través de la figura de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, es a cortar toda relación entre el beneficio de la responsabilidad limitada y la realidad económica; cualquier persona tendría derecho a ese beneficio mediante una declaración formal, sin necesidad de reunir requisito económico alguno.

El régimen de responsabilidad limitada de los socios presenta múltiples efectos económicos positivos, analizados precedentemente.¹¹⁰ Impide que las organizaciones empresariales de estructura societaria generen artificialmente un nivel excesivo de riesgo para quienes participan de ellas. Facilita una asignación más racional de las inversiones y ha permitido la configuración de empresas con grandes necesidades de capital, cuyas ventajas en términos de eficiencia hubieran sido imposibles en ausencia de los mecanismos de organización que la responsabilidad limitada permite.

Estos beneficios, sin embargo, no son idénticos respecto de todas las sociedades. Su importancia depende de ciertas variables económicas. Así, cuanto mayor sea el número de socios mayores serán las distorsiones que evitará la responsabilidad limitada.¹¹¹ Asimismo, la posibilidad de circulación de las acciones y otras participaciones societarias, que en gran medida facilita el régimen de responsabilidad limitada, es prácticamente irrelevante en las sociedades cerradas, que constituyen la mayor parte de las sociedades con responsabilidad limitada de los socios. Sin embargo, y particularmente en las últimas décadas, se ha extendido la responsabilidad limitada a sociedades que, por su conformación, no generan las ventajas atribuibles a ese régimen de responsabilidad.

La conveniencia de esta extensión es discutible, pues el régimen de responsabilidad limitada de los socios genera importantes costos. Permite desplazar los riesgos de las explotaciones a

¹¹⁰ Véase los apartados 3 y 4.

¹¹¹ Véase el apartado 4.

quienes no tienen poder de decisión sobre estas – los acreedores – generando así distorsiones en la toma de decisiones. Crea incentivos para constituir estructuras financieramente frágiles – por su alto nivel de endeudamiento –, multiplicando así los riesgos sistémicos y los costos atribuibles a los procesos concursales.

Por otra parte, el régimen de responsabilidad limitada distorsiona o neutraliza, en buena medida, a otros aspectos importantes del régimen jurídico. Supongamos que los regímenes de responsabilidad civil y de derecho laboral responden a un conjunto de razones que consideramos válidas; en los hechos tales regímenes responden a una larga y compleja evolución en la que han participado elementos económicos, ideológicos y políticos. El régimen concursal, particularmente como se lo aplica en la Argentina, permite frustrar buena parte de los créditos emergentes de los regímenes de responsabilidad civil y laboral. A su vez, el sistema de responsabilidad limitada de los socios crea importantes incentivos para recurrir al régimen concursal y frustrar los derechos de los acreedores laborales y demás acreedores involuntarios.

Como se ha expuesto en el apartado 5, *supra*, el orden jurídico ha generado, paralelamente a la extensión de la responsabilidad limitada de los socios, un cúmulo de instrumentos destinados a debilitar esas limitaciones de responsabilidad. En una primera aproximación, podría pensarse que existe una contradicción entre ambas tendencias. Pero en realidad, la contradicción no es tal, sino que estamos ante la típica técnica jurídica de reglas generales y excepciones.

Con alguna generosidad, se ha entendido que este sistema complejo de reglas generales y excepciones apunta a permitir, con mayores instrumentos y variables que los regímenes decimonónicos de responsabilidad limitada, el ajuste de la responsabilidad de los socios a las condiciones particulares de cada sociedad.¹¹² A nuestro entender, esa posición peca de excesivo optimismo. La combinación de reglas generales cada vez más amplias en materia de responsabilidad limitada y de un creciente número de excepciones no es sino el resultado de los distintos caminos jurídicos que siguen los interesados en limitar y extender la responsabilidad. No responde a una lógica económica coherente sino que es la manera en que ciertas luchas políticas se manifiestan en nuestra materia.

El sistema vigente, aparte de su escasa coherencia, presenta importantes defectos. Instrumentos tales como la desestimación de la personalidad societaria y la extensión de las

¹¹² Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 55.

responsabilidades respecto de los créditos laborales, tienen un alto costo de aplicación – pues se los implementa, caso por caso, como excepciones resultantes de un procedimiento judicial –, y se basan en extremos notoriamente imprecisos.¹¹³ Así se da lugar a niveles importantes de inseguridad jurídica e impredecibilidad.¹¹⁴

Por otra parte, peca de excesivo optimismo la afirmación en el sentido que las excepciones mencionadas apuntan a ajustar el régimen de responsabilidad limitada a la racionalidad económica y las condiciones específicas de cada sociedad.¹¹⁵ Gran parte de los supuestos de desestimación de la personalidad societaria y de extensión de la responsabilidad a los socios pueden evitarse mediante un manejo prolijo de la sociedad. Muchas de las excepciones a la responsabilidad limitada de los socios no están dirigidas a crear un marco de racionalidad para las operaciones societarias, sino que responden a presiones sectoriales, creando un panorama relativamente caótico en cuanto a la efectividad tanto de la responsabilidad limitada como de sus excepciones.

A lo largo de su evolución histórica, el régimen de responsabilidad limitada se ha extendido, en parte en base a una visión centrada en sus beneficios y omisiva de sus costos. La crisis mundial del año 2008 obliga a repensar los riesgos de esta asimetría. La responsabilidad limitada permite crear estructuras societarias que premian el apalancamiento de los capitales y la exacerbación de los riesgos empresarios; pero alguien carga finalmente con los costos e ineficiencias así creados. Es más, cuando los mecanismos de aprovechamiento del apalancamiento de capitales y de responsabilidad limitada alcanzan cierta magnitud y difusión, ponen en peligro el funcionamiento conjunto de todo el sistema económico, como quedó de manifiesto en la crisis del 2008.

Cabe formular las siguientes propuestas para la racionalización del régimen de responsabilidad limitada de los socios:

- a. Fortalecimiento de los requisitos en materia de capitales mínimos en las sociedades con responsabilidad limitada de los socios. Es un mecanismo simple para reducir el

¹¹³ Como por ejemplo, el que la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios, conforme reza el art. 54 *in fine* de la LSC. Toda sociedad implica tales fines, pues la sociedad no es un fin en sí mismo, y los socios la constituyen y son parte de ella para lograr fines distintos a la mera existencia de la sociedad. Ello hace necesario buscar una interpretación que dé contenido a este extremo, que entendido literalmente carece de él.

¹¹⁴ Véase Clark, *Corporate Law*, 71 y ss.

¹¹⁵ Véase Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure...*, 55.

apalancamiento del capital, que a su vez es origen de las principales distorsiones creadas por el régimen de responsabilidad limitada de los socios.

- b.** Morigeración del sesgo del sistema concursal. El régimen concursal argentino ya presentaba tradicionalmente ciertas asimetrías a favor del deudor, que la LCQ solo muy parcialmente ha corregido a través del mal llamado *cramdown*, y al cual se han agregado otros incentivos a las estructuras financieramente frágiles, según se minimizan los elementos punitivos de tal régimen. El conjunto es de muy dudosa racionalidad, en la teoría y en la práctica, e incentiva la adopción de estructuras societarias de capital con bajos niveles de capitales propios y mayores niveles de riesgos para terceros.
- c.** Ajuste de las normas sobre desestimación de la personalidad societaria de forma de neutralizar los incentivos perversos creados por el régimen de responsabilidad limitada. Este conduce a estructuras con bajos niveles de capitalización y altos niveles de endeudamiento. Pero en el derecho argentino, a diferencia de lo que sucede en otros regímenes como el estadounidense, la baja capitalización tiene escaso valor como elemento para fundamentar la desestimación de la personalidad o la extensión de la responsabilidad. El régimen de desestimación puede ser usado para crear desincentivos contra las estructuras excesivamente apalancadas.¹¹⁶
- d.** Racionalización del régimen de grupos de sociedades. El derecho argentino carece de una sistematización adecuada en la materia¹¹⁷, y ello permite fragmentar arbitrariamente las organizaciones empresarias, en múltiples sociedades, a fin de trasladar riesgos a los acreedores. El sistema premia a la prolijidad formal, a costa de crear mayores riesgos de insolvencia sobre acreedores inocentes.
- e.** Evaluación de los costos de la responsabilidad limitada de los socios en la elaboración y aplicación del régimen societario. Aunque obvio, este enfoque ha brillado por su ausencia en gran parte de los movimientos de reforma societaria y concursal pasados y presentes. Se han hecho explícitas las ventajas de la responsabilidad limitada, pero se ha omitido considerar, generalmente, los costos y distorsiones que genera.

¹¹⁶ Véase Rafael M. Manóvil, “Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio”, en *Derecho empresario actual. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, coordinador Osvaldo R. Gómez (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996), 601.

¹¹⁷ Véase al respecto Rafael M. Manóvil, *Grupos de sociedades en el derecho comparado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998); Guillermo Cabanellas, *Fusiones y otros actos de concentración societaria* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008).

¿PUEDE EL SECTOR PRIVADO CONTRIBUIR A MEJORAR LA TRANSPARENCIA EN LOS NEGOCIOS? Los programas de cumplimiento en Argentina

Guillermo Jorge[♦]

Resumen¹

En los últimos 15 años, los riesgos de sobornar a funcionarios extranjeros aumentaron exponencialmente para las compañías multinacionales con casas matrices en países de la OECD, y para aquellas que cotizan sus acciones en sus mercados de capitales. Regularmente, estos riesgos pueden ser mitigados si la empresa o los directores prueban que la conducta ha ocurrido a pesar de la existencia de sistemas de prevención y control, y de su aplicación efectiva. Estos sistemas - conocidos como “programas de cumplimiento” - se orientan a reducir la oferta de sobornos y de conductas reñidas con la ética en los negocios. Este trabajo describe el estándar internacional que regula los programas de cumplimiento y, sobre la base de una exploración empírica realizada en relación con los programas de cumplimiento en Argentina, discute el potencial que estos programas tienen para reducir - o desplazar hacia las empresas que no adoptan estos estándares - las instancias de pedidos de o aceptación de demandas de sobornos, especialmente en Argentina.

[♦] El autor es abogado y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Se especializa en temas de derecho penal e internacional, y cuenta con una amplia experiencia en problemas asociados al control de la corrupción, la criminalidad transnacional organizada y el lavado de activos. Es consultor de varias organizaciones internacionales, bancos multilaterales, agencias gubernamentales y empresas privadas. Es profesor invitado del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés, donde dirige el Programa de Transparencia y Control de Corrupción. Es abogado (pro bono) de la Fundación Poder Ciudadano, y del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

¹ Este trabajo fue escrito en el marco del proyecto Acciones Colectivas para reducir la corrupción en Argentina, con el apoyo de la *Siemens Integrity Initiative*. Agradezco la invaluable colaboración de Catherine Greene, asistente del proyecto, quien trabajó intensamente en la búsqueda de información, el análisis de datos y en las correcciones finales.

1. Introducción

Desde 1999, con la entrada en vigor de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE), los riesgos de incurrir en prácticas corruptas en el exterior aumentaron exponencialmente para las compañías multinacionales con casas matrices en los países que ratificaron el tratado y para aquellas que cotizan en sus mercados de capitales. “Sobornar en el extranjero”, pasó de ser una prohibición de aplicación exclusiva – y simbólica – en los Estados Unidos² a un complejo entramado de prohibiciones penales y administrativas, usualmente multi-jurisdiccionales, y con consecuencias jurídicas en los regímenes sancionatorios de las instituciones multilaterales de crédito. La aplicación de estas reglas actualmente no solo es real sino también muy severa.³

Originalmente, los modelos de atribución de responsabilidad a la casa matriz de una empresa multinacional o a las personas físicas que integran sus órganos directivos, por los sobornos pagados en el extranjero, siguieron los principios jurídicos predominantes en cada país para atribuir y graduar la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus dependientes, tanto en materia civil o administrativa como penal. Actualmente, sin embargo, se observa una convergencia de estas variantes. El factor de atribución central es el desinterés de la organización – o de sus directores – por el control colectivo. Este desinterés se manifiesta en deficiencias de organización interna de la empresa la cual no ha sido capaz de evitar la conducta reprochada: sea porque sus sistemas de prevención y control interno no están diseñados adecuadamente para prevenir tales riesgos, sea porque los encargados de hacerlos cumplir no ejercieron los poderes de vigilancia necesarios para evitarla.

² Estados Unidos prohibió los sobornos en el extranjero en 1977, cuando entro en vigor la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Sin embargo, entre 1977 y 1999 la ley fue aplicada a menos de 10 casos, y las sanciones, en comparación con el escenario actual, era extremadamente leves. Véase Shearman & Sterling LLP, *FCPA Digest: Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt practices Act of 1977* (enero 2012), disponible en: <http://www.shearman.com/files/Publication/bb1a7bff-ad52-4cf9-88b9-9d99e001dd5f/Presentation/PublicationAttachment/590a9fc7-2617-41fc-9aef-04727f927e07/FCPA-Digest-Jan2012.pdf> (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

³ Entre 2006 y 2010, los países de la OCDE impusieron más de 5000 millones de dólares en sanciones por violación de las normas que implementan el tratado. Véase Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio completo sobre las repercusiones negativas en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, de la no repatriación a los países de origen de los fondos adquiridos ilícitamente*, (2011), A/HRC/19/42, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-42_sp.pdf (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

Regularmente, estos sistemas de atribución de responsabilidad – sea individual o corporativa, sea administrativa, civil o penal –, admiten la posibilidad de excluirla o atenuarla si la empresa o los directores prueban que la conducta ha ocurrido a pesar de la existencia de tales sistemas de prevención y control, y de su aplicación efectiva. Jurídicamente, los “programas de cumplimiento anticorrupción” son, en algunos ordenamientos, el umbral de riesgo permitido que excluye la imputación objetiva y, en otros, criterios de determinación de la pena que la atenúan o, inclusive la excluyen.

Tales programas son al sector privado, lo que las medidas tradicionales de prevención de la corrupción – códigos de conducta, regímenes de conflictos de intereses e incompatibilidades, declaraciones patrimoniales de bienes, sistemas de reportes de violaciones a tales reglas y sistemas para remediar tales violaciones – son al sector público. Mientras estas últimas medidas se orientan a disminuir la demanda de sobornos, los programas de cumplimiento se orientan a reducir la oferta. Por ello, teóricamente, tienen un enorme potencial para reducir – o desplazar hacia las empresas que no adoptan estos estándares – las instancias de pedidos o aceptación de demandas de sobornos.

Este trabajo explora esa hipótesis. Nos preguntamos por los efectos que los programas de cumplimiento han tenido hasta el momento en Argentina en la reducción de instancias de corrupción. En atención a que los programas de cumplimiento tienen un claro origen extranjero y han sido adoptados como un estándar internacional, nuestro artículo contribuye a la literatura que reflexiona sobre la relación entre las instituciones locales y las internacionales y evalúa en qué medida esta relación es complementaria – las instituciones internacionales ayudan a las locales a superar sus deficiencias –; indiferente – las instituciones internacionales satisfacen sus propios intereses que pueden o no complementar los de las instituciones locales –; o sustitutiva – las instituciones internacionales sustituyen o reemplazan a las instituciones locales y, en consecuencia, no contribuyen a su desarrollo.⁴

Nuestras reflexiones son el resultado de la revisión de la literatura existente; la realización de 16 entrevistas en profundidad a oficiales de cumplimiento con responsabilidades en Argentina, en América Latina y en todo el mundo; la participación de 6 reuniones del “Taller de *Compliance* y Buenas Prácticas” que organiza bimestralmente el Centro de Gobernabilidad

⁴ Kevin Davis, et al., “Anticorruption Law in Action: two case studies”, (trabajo presentado en el panel “Transnational Law and Politics” en el 43 American Political Science Association Annual Meeting, 3 de Septiembre de 2011, Seattle, Estados Unidos).

y Transparencia de la Escuela de Negocios IAE; y los resultados de una encuesta anónima respondida por 70 responsables de programas de cumplimiento en Argentina.

Para poder explicar la hipótesis propuesta, el trabajo describe, en la Sección 2, el estándar internacional para reducir la corrupción en los negocios internacionales, haciendo referencia a su implementación en las tres jurisdicciones que mayor actividad legislativa y jurisdiccional han desplegado en el área: Estados Unidos, el Reino Unido y Alemania. Seguidamente, en la Sección 3 se rastrea teóricamente el origen de los programas de cumplimiento como técnica jurídica, y en la Sección 4 se examina los componentes de dichos programas a la luz de los resultados obtenidos de las entrevistas y la encuesta realizada sobre su aplicación en Argentina. Finalmente, la sección 5 se detiene en posibles estrategias del sector privado para aumentar la transparencia en los negocios.

2. El estándar internacional contra el soborno transnacional

2.1) El escenario internacional

En los últimos 20 años, la preocupación por la reducción de la corrupción ha escalado hasta ocupar el centro de la agenda internacional. La caída del muro de Berlín y la apertura de nuevos mercados generaron, especialmente entre los países exportadores, la necesidad de establecer reglas comunes para las oportunidades de inversión que se abrían en el mundo en desarrollo. La combinación de esos factores permitió que la corrupción pública dejara de ser un “asunto interno”, protegido por el principio de soberanía – como había sido considerado hasta ese momento – para convertirse en motivo de escrutinio internacional.⁵ Durante los años ‘90 proliferaron los estudios que confirmaron que la corrupción, o más precisamente algunas expresiones de este fenómeno, constituyen un importante obstáculo para el desarrollo económico⁶ y para la consolidación del sistema democrático⁷.

Una parte importante de esta agenda se concentró en las relaciones entre corrupción y desarrollo. Principalmente guiados por el paradigma del fortalecimiento del Estado de derecho, infinidad de estudios y programas de implementación de políticas públicas fueron

⁵ Guillermo Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008).

⁶ Susan Rose-Ackerman, “When is Corruption Harmful?” y Pranab Bardhan, “Corruption and Development: A Review of Issues”, ambos en *Political Corruption. Concepts & Contexts*, eds. Arnold Heidenheimer y Michael Johnston (New Brunswick, Nueva Jersey: Transaction Publishers, 2002).

⁷ Guillermo O'Donnell, “Illusions about Consolidation”, *Journal of Democracy* 7 (1996): 34. Gretchen Helmke, y Steven Levitsky, *Informal Institutions & Democracy: Lessons from Latin America* (Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2006).

dirigidos a evitar los escenarios más extremos, en los cuales la corrupción pone en juego el acceso a los bienes básicos como la alimentación, el agua potable, la educación y la salud. Los resultados de estos esfuerzos han sido modestos.⁸ La mayoría de los observadores de estos procesos coinciden en que se requieren estrategias de largo plazo, dispuestas a acompañar el ritmo – de avances y retrocesos – de desarrollo institucional y económico de cada país.⁹

Otra parte de esta agenda, la que mira con mayor atención este trabajo, se ha concentrado en los efectos de la corrupción sobre la competencia comercial, especialmente en los negocios internacionales. El sector privado es un actor muy activo en su diseño y en su implementación.¹⁰

Como ha ocurrido con otros regímenes jurídicos expandidos homogéneamente en el mundo en la última globalización,¹¹ los consensos que reflejan los estándares internacionales han sido acordados en el seno del G7, y su implementación impulsada primero desde la OCDE y luego diseminada desde la ONU, las organizaciones internacionales regionales – Unión Europea, Organización de Estados Americanos, Unión Africana, etc. – y las instituciones internacionales de crédito. Cada uno, por supuesto, en la medida de sus posibilidades e intereses.

Además de la implementación nacional de estos estándares, los principales Bancos Multilaterales de Crédito – el Banco Mundial y los Bancos Interamericano, Asiático, Africano y Europeo de Desarrollo – también han aumentado los riesgos para las empresas que participan en actividades corruptas y de ese modo, se han constituido en un actor relevante de este régimen jurídico. En la última década, todas estas instituciones crearon departamentos de integridad institucional encargados de monitorear el destino de los créditos otorgados a los países. De esta forma, además de referir el caso a las autoridades del país donde se produce el desvío – medida que rara vez tiene consecuencias –, estos sistemas han generado una sanción

⁸ Peter DeShazo., “Anticorruption Efforts in Latin America. Lessons Learned”, *Policy Papers on the Americas Center for Strategic and International Studies (CSIS) Americas Program* 18 (2007), disponible en: http://csis.org/files/media/isis/events/070913_antikorruptionefforts_finalreport.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). Stephen Morris, “Corruption in Latin America”, *The Latin Americanist* 49 (2008): 5.

⁹ Michael Johnston, *Syndromes of Corruption. Wealth Power and Democracy*. (Nueva York: Cambridge University Press, 2005).

¹⁰ Mark Pieth, *Harmonising Anti-Corruption Compliance: The OECD Good Practice Guidance 2010* (St. Gallen, Zürich: Dike Verlag AG, 2011).

¹¹ Guillermo Jorge, “Políticas de Control de Lavado de Dinero”, en *Drogas y Prohibición: Una vieja guerra, un nuevo debate*, comp. Juan Tokatlian (Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010).

importante que es la exclusión, por un plazo determinado, del contratista infractor de cualquier contrato financiado, total o parcialmente, por esa institución financiera.

Desde abril de 2010, los cinco Bancos multilaterales mencionados más arriba suscribieron un acuerdo por el cual aquellas empresas sancionadas por uno de los bancos, bajo ciertas condiciones, también quedan excluidas de la posibilidad de competir por proyectos financiados por cualquiera de ellos. El mensaje para las multinacionales, como fuera señalado al presentar la iniciativa, es elocuente: “defrauda a uno y serás sancionado por todos” [traducción propia]¹². Dado que la mayoría de los proyectos de infraestructura del mundo son co-financiados por estas instituciones de crédito, para muchas compañías ser sancionadas con la prohibición de participar en todas las licitaciones financiadas por estas instituciones, representa una sanción mucho más gravosa que cualquier multa o decomiso.

Tanto los estándares internacionales en materia de soborno transnacional como los regímenes de exclusión establecidos por los Bancos Multilaterales de Crédito tienen un denominador común: el esfuerzo de las empresas por prevenir los hechos por los cuales son acusadas tiene relevancia jurídica. Estos esfuerzos se manifiestan a través de los “programas de cumplimiento anticorrupción”. Cuando tales programas han sido implementados antes de la ocurrencia del hecho, pueden atenuar (Estados Unidos¹³) o eximir (Reino Unido¹⁴; Chile¹⁵) de pena, dependiendo por supuesto de su grado de implementación y las circunstancias del caso. Pero cuando no han sido establecidos antes del hecho que origina la sanción, su establecimiento e implementación efectiva es usualmente parte de las obligaciones impuestas conjuntamente con la sanción.¹⁶ Ello muestra que existe un consenso global que demanda un importante rol preventivo de parte del sector privado.

¹² Robert B. Zoellick, “Cross-Debarment Accord Steps Up Fight Against Corruption”, nota periodística publicada por el Banco Mundial en su sitio web (2010), disponible en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:22535805~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:4607,00.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

¹³ US Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines 2011, Chapter 8: Sentencing of Organizations* (USSGO), disponible en: http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

¹⁴ United Kingdom *Brirbery Act 2010 – Section 7*, disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

¹⁵ Ley 20.393 De Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20393&idVersion=2009-12-02> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

¹⁶ World Bank’s Group, *Debarment with Conditional Release & Integrity Compliance* (2010), disponible en: http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity_Cumplimiento_Guidelines.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

Así como la Convención de la OCDE refleja el consenso sobre la prohibición de sobornar en el extranjero, el consenso en materia de cumplimiento anticorrupción ha sido expresado en las Guías de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento elaboradas por la OCDE en 2010¹⁷ (Recomendación OCDE 2010), una suerte de denominador común y guía hacia la convergencia de las prácticas de cumplimiento. El estándar es lo suficientemente genérico para que cada país adopte el esquema que mejor se adecue a sus instituciones, el cual resulta por lo general del consenso arribado entre la comunidad de negocios y la comunidad política. Por supuesto, estos consensos no están exentos de instancias de coerción diplomática y lobby de diversas comunidades de intereses.

Si bien las medidas proteccionistas adoptadas por muchos países para contener los efectos de la crisis financiera internacional que comenzó en 2008 cuestionaron una parte importante del paradigma que impulsó, inicialmente, la agenda anticorrupción, ninguno de los aspectos asociados a la ética y la transparencia en los negocios – ni los regímenes jurídicos que los implementan – han sido cuestionados. Al contrario, como se advierte por las fechas de las regulaciones citadas en esta sección, muchas de ellas han sido adoptadas durante la crisis, lo que muestra que el consenso que impulsó su origen ha sido reafirmado como una respuesta idónea a los riesgos emergentes.

2.2) El estándar contra el soborno transnacional

La prohibición de sobornar en el extranjero¹⁸ constituye la médula del estándar internacional. Esta regla principal se complementa con regulaciones de naturaleza no penal, como las vinculadas al tratamiento impositivo de los sobornos¹⁹, las recomendaciones sobre cómo controlar los sobornos en los créditos de exportación²⁰, las normas específicas de contabilidad

¹⁷ OCDE, *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance* (2010), disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/5/51/44884389.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

¹⁸ Véase Convención OCDE, art. 1; y Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC, según sus siglas en inglés), art 16.

¹⁹ OCDE, *Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Official* (1996) disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=c\(96\)27/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=c(96)27/final&doclanguage=en) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). A su vez, si se desea consultar, se puede obtener la legislación de cada miembro de la OCDE sobre el tratamiento impositivo de los sobornos en <http://www.oecd.org/dataoecd/58/10/41353070.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

²⁰ OCDE, *Working Party on Export Credits and Credit Guarantees – Council Recommendation on Bribery and Officially Supported Export Credits* (2006) disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=td/ecg\(2006\)24&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=td/ecg(2006)24&doclanguage=en) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

y auditoría²¹ y la exclusión de contratistas de los sistemas de compras y contrataciones públicas²², por mencionar las más notables, cuyo piso mínimo, también es definido internacionalmente a través de recomendaciones y guías de implementación de los tratados²³. La prohibición penal es el resultado de la internacionalización de la regla originalmente contenida en la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), una de las respuestas al escándalo de *Watergate*, que puso al descubierto que mantener fondos no-contabilizados destinados a fines ilícitos, inclusive sobornar funcionarios públicos extranjeros, era una extendida práctica de las multinacionales estadounidenses.²⁴

La prohibición antes mencionada contiene esencialmente los siguientes elementos:

- a. una persona – física o jurídica;
- b. deliberadamente;
- c. ofrezca, prometa o conceda;
- d. cualquier ventaja indebida, pecuniaria o de otra índole;
- e. a un funcionario público extranjero²⁵;
- f. directamente o mediante intermediarios²⁶;
- g. para su beneficio o de un tercero;

²¹ Convención OCDE, Art. 8.

²² En el ámbito de la Unión Europea ver: *Directiva 2004/18/ce* del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios, art. 43 y ss. En el ámbito del Banco Mundial ver: World Bank *Listing of Ineligible Firms & Individuals*. <http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

²³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (2010), disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541_Ebook_s.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). OCDE - Working Group on Bribery in International Business Transactions, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (2009), disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/40/44176910.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

²⁴ Las especulaciones sobre las motivaciones políticas detrás de esta prohibición incluyen razones de política exterior luego del escándalo con Japón por el caso *Lookheed*; razones de política interna luego de la pérdida de legitimidad que produjo el *Watergate* e inclusive parte de la estrategia para controlar la carrera armamentista durante la guerra fría. Véase Wesley A. Cragg y William Woof, “The US Foreign Corrupt Practices Act and its implications for the Control of Corruption in Political Life”, en *Ethics Codes, Globalization and the Challenge of Self Regulation*, ed. Wesley Cragg (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2005) y Pieth, *Harmonising Anti-Corruption Compliance*....

²⁵ La FCPA extiende la prohibición a candidatos a cargos electivos y miembros de partidos políticos. La UNCAC extiende la prohibición a funcionarios de organizaciones públicas Internacionales.

²⁶ La utilización de intermediarios – o cadenas de intermediarios – ha sido el vehículo por excelencia para canalizar sobornos. Por ello, actualmente, la regla para atribuir responsabilidad a una empresa por un soborno pagado por un agente o un intermediario solo requiere probar negligencia para evaluar tal riesgo. Por ello, como veremos en la Sección 2.6, la realización de procesos de debida diligencia sobre los agentes y distribuidores es considerada la mejor práctica preventiva.

- h. para que ese funcionario actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales;
- i. con el propósito de obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

Se trata de un *quid pro quo* definido por el hecho de que quien recibe el beneficio indebido es un servidor público – incluyendo los funcionarios y empleados de empresas con participación estatal²⁷ – y la transacción tiene por objeto que, quien ofrezca, prometa o conceda la ventaja indebida, obtenga o retenga un negocio internacional.

La definición, aunque aún vigente internacionalmente, ha sido recientemente conmovida por la entrada en vigor de la *United Kingdom Bribery Act* (UKBA) que, por una parte, no distingue entre la corrupción pública y los pagos entre privados y, por otra, no exige que el pago o su ofrecimiento tenga por objetivo obtener o retener un negocio; es decir, también prohíbe los llamados “pagos de facilitación”.

2.3) Los pagos de facilitación

Siguiendo el modelo de la FCPA, el estándar internacional inicialmente excluyó los llamados pagos de facilitación; es decir, aquellos pagos realizados a funcionarios para que hagan aquello que están obligados a hacer. En muchos países este tipo de requerimientos son endémicos en diversos organismos públicos.

La FCPA expresamente excluía estos pagos, al admitir una defensa basada en que ellos estaban dirigidos a lograr una “acción gubernamental rutinaria”. Al tratarse de casos multi-jurisdiccionales por naturaleza, carecía de sentido abrir la jurisdicción estadounidense por pequeños pagos realizados en cualquier otro lugar del planeta que, además, no eran percibidos como pagos con capacidad suficiente para influir en la competencia. La misma lógica primó

²⁷ El tema es relevante actualmente en Argentina y otros países en los cuales el Estado ha recobrado su participación en la economía con diversas medidas, incluyendo la participación como accionista en empresas. La mayoría de las legislaciones que implementan el tratado consideran que los funcionarios de empresas con participación Estatal – en el caso de los Estados Unidos, aun no mayoritaria – son funcionarios públicos a los fines de la prohibición. Véase OCDE, *United States Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, 1999, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/16/50/2390377.pdf> (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

cuando fue adoptada la Convención OCDE que, como vimos, limitó la prohibición a los pagos dirigidos a “obtener o retener un negocio”.²⁸

En los últimos años, sin embargo, esta lógica comenzó a cambiar. A pesar de que cada pago de facilitación es usualmente pequeño, el hecho de que sean tolerados por las autoridades del país en el que ocurren usualmente, torna a dichos pagos una rutina que conspira contra la eficiencia administrativa; impone una suerte de impuesto informal; genera instancias de extorsión; y, sumados, resultan en montos millonarios. Además, en muchos casos estos sí tienen el potencial de afectar la competencia.²⁹

En la Recomendación 2010, la OCDE aceptó que estos pagos, a pesar de estar sujetos a la jurisdicción, usualmente penal, de los países en los que ocurren, merecían algún tratamiento internacional. Aunque no fueron equiparados con los sobornos realizados para obtener o retener negocios, la OCDE recomendó a los países miembros que alentaran a las empresas sujetas a su jurisdicción a que prohibieran o desincentivaran este tipo de prácticas, a través de sus programas de cumplimiento.

Esta recomendación representa un desafío importante para el giro comercial de las empresas en aquellos escenarios en los cuales estos pagos son moneda corriente. Cuando la recomendación entró en vigor, sin embargo, una encuesta realizada a 300 multinacionales reveló que el 44% ya prohibía estos pagos en sus políticas internas.³⁰

Las exigencias a las empresas sobre cómo comportarse frente a estos requerimientos varían de acuerdo a la jurisdicción. Algunos países directamente prohíben estos pagos, como sucede en el Reino Unido, aunque sus autoridades tienen un amplio margen de discrecionalidad para perseguir estas conductas.³¹ A la inversa, en los Estados Unidos estos pagos – definidos

²⁸ Comentario 9 al artículo 1 de la Convención de la OCDE en: OCDE, *Texto del informe explicativo revisado de la Convención sobre Asistencia Mutua en Materia Fiscal enmendada por Protocolo*, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/1/48462535.pdf> (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

²⁹ Tómense, por caso, las recientes alegaciones contra Wal-Mart de México. Se ha alegado que ha realizado pagos para obtener y acelerar las autorizaciones para instalar sus almacenes y que, gracias a ellos, ha logrado dominar el mercado rápidamente. Véase Alejandra Xanic von Bertrab y James C. McKinley Jr., “Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart After Top-Level Struggle”, *New York Times*, 22 de abril de 2012, disponible en: http://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html?_r=1&pagewanted=all (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

³⁰ Véase TRACE, *Trace Facilitation Payments Benchmarking Survey* (2009), disponible en: <https://secure.traceinternational.org/data/public/documents/FacilitationPaymentsSurveyResults-64622-1.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

³¹ La guía emitida por el Ministerio de Justicia indica que solo serán motivo de persecución si los pagos son por montos elevados, o reiterados. Véase UK Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, (2011), 18 y ss., disponible en: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); UK Director of Public Prosecutions y Director of the Serious Fraud Office, *Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of the Director of the Serious Fraud*

originalmente como “esencialmente de orden administrativo”, y a partir de la reforma de 1988 como “pagos dirigidos a obtener acciones administrativas corrientes” – son una defensa interpretada restrictivamente.³² Aunque los países de Europa continental aún no se han hecho eco de la Recomendación OCDE 2009 expresamente, ello no necesariamente representa una ventaja competitiva para las empresas con casas matrices en dichos países, sencillamente porque las reglas sobre jurisdicción en esta materia no se basan exclusivamente en el territorio donde la casa matriz tiene asiento.

2.4) Jurisdicción

La Convención de la OCDE, en su art. 4, insta a los Estados miembros a introducir en sus legislaciones un concepto amplio de “territorialidad” en relación a la jurisdicción sobre hechos de soborno transnacional. Adicionalmente, a aquellos países que reconocen el principio de nacionalidad como base para establecer su jurisdicción, les requiere que extiendan la aplicación de este principio a los hechos de soborno transnacional. Finalmente, todos los países son instados a revisar si los principios jurisdiccionales son suficientes para perseguir efectivamente el soborno transnacional y, cuando ellos resulten insuficientes – como en el caso de Argentina³³ – a que adopten las medidas necesarias para remediar ese déficit.

El Tratado intenta que la más mínima conexión del hecho con algún Estado miembro, le permita a este último ejercer su jurisdicción. Ello ocasiona que empresas con casa matriz en el país A, que cotizan en el país B y producen en el país C estén sujetas, en lo que se refiere al

Office and the Director of Public Prosecutions (2011), 8 y ss, disponible en: <http://www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery%20act%20joint%20prosecution%20guidance.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

³² “US (DoJ) vs. Panalpina” (2010), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=213> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Triton” (1997), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/Default.asp?mode=1&keywords=triton&sort=name&s=Search> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Ball Corporation” (2009), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/Default.asp?mode=1&keywords=ball+corporation&sort=name&s=Search> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Avon” (2009), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/Default.asp?mode=1&keywords=avon&sort=name&s=Search> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

³³ Argentina no tiene jurisdicción penal para perseguir a sus nacionales por hechos cometidos fuera de su territorio (Código Penal Argentino, art. 1). El Poder Ejecutivo envió al Congreso un Proyecto de Ley para remediar esta situación, el mismo se encuentra disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0012-PE-10.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). Este proyecto fue iniciado en la Cámara de Diputados el 11 de mayo de 2010 (expediente 0012-PE-2010), pero aún no ha sido tratado por el Congreso.

estándar de soborno transnacional y requerimientos de cumplimiento, a las tres jurisdicciones (asumiendo que las tres son partes de la Convención de la OCDE).

En la práctica, las jurisdicciones más activas han sido hasta el momento los Estados Unidos, el Reino Unido y Alemania. Tanto la FCPA como la UKBA han adoptado un criterio amplio de jurisdicción territorial permitiendo que factores tales como cotizar en el mercado de capitales o tener negocios, oficinas de representación o plantas de producción, pueda resultar un nexo jurisdiccional suficiente.

La contracara de esta amplitud es que las empresas corren el riesgo de ser juzgadas en varios países por los mismos hechos, situación que cada vez se verifica con mayor frecuencia. Dado que aún no existe una protección internacional contra el *ne bis in idem*, la Convención OCDE se limita a instar a los Estados miembros a que coordinen sus investigaciones cuando más de uno está investigando los mismos hechos (art. 4.4). Aunque el tema ha sido resuelto dentro de la Unión Europea³⁴, aún no existe una respuesta clara para los conflictos jurisdiccionales fuera de Europa. El caso más común es el de subsidiarias de empresas con casa matriz en cualquier país de la OCDE que cotiza en el mercado de valores estadounidense, lo que las sujeta a ambas jurisdicciones y, muchas veces, las confronta con obligaciones contradictorias. Por ejemplo, en Estados Unidos, las empresas son fuertemente incentivadas a realizar sus propias investigaciones internas y a reportar voluntariamente los hechos de soborno al Departamento de Justicia para arribar a un acuerdo. Tales reportes, en muchos países de tradición jurídica continental, son una confesión lisa y llana que no reporta ningún beneficio. En consecuencia, aquello que disminuye las sanciones en una jurisdicción puede aumentarlas en otras.

En cuanto a los programas de cumplimiento, la consecuencia de la multiplicidad de riesgos jurisdiccionales nivela los programas hacia arriba, es decir, ayuda a que las empresas adecuen sus reglas de cumplimiento a los estándares establecidos por la jurisdicción más exigente.

2.5) Atribución de responsabilidad a las personas jurídicas

La Convención OCDE no requiere a los países que sancionen penalmente a las empresas sujetas a su jurisdicción sino que establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas, lo que puede ocurrir tanto a nivel penal, civil o administrativo.³⁵ Básicamente, existen tres modelos para atribuir responsabilidad a las empresas: el que se basa en la

³⁴ Clara Tracogna, "Ne bis in idem and conflicts of jurisdictions in the European Area of Liberty, Security and Justice", *Lex ET Scientia. Juridical Series*, XVIII, 2 (2011): 55.

³⁵ Convención OCDE, art. 3.

responsabilidad indirecta – del principal por los actos de sus dependientes –, el que se basa en la “teoría de la identificación” – de los órganos de dirección con la compañía – y, el más moderno y hacia el cual los dos anteriores parecieran converger en la práctica, que se basa en la idea de la “desorganización empresarial”.

El modelo basado en la responsabilidad indirecta, que se aplica en los Estados Unidos, deriva del principio – de derecho privado – según el cual el principal es responsable por las acciones de sus agentes. En el derecho penal estadounidense, los actos de cualquier empleado permiten atribuir responsabilidad a la persona jurídica – que puede ser atenuada por muchos factores, como la efectividad del programa de cumplimiento o la cooperación con las autoridades.³⁶

El modelo tradicionalmente utilizado en el Reino Unido hasta la sanción de la UKBA en 2010, atribuía únicamente los actos de la alta gerencia a la empresa. La OCDE criticó que este modelo no tomaba en cuenta el grado de descentralización de las empresas multinacionales y presionó fuertemente para que el Reino Unido adoptara un modelo más eficiente.

El tercer modelo – originalmente adoptado en Australia y recientemente en el Reino Unido – atribuye responsabilidad a la empresa por no haber podido prevenir el hecho reprochable. El factor de atribución central es el desinterés de la organización por el control colectivo. Este desinterés se manifiesta en deficiencias de organización interna de la empresa que no ha sido capaz de evitar la conducta reprochada: sea porque sus sistemas de prevención y control interno no están diseñados adecuadamente para prevenir tales riesgos, o bien porque los encargados de hacerlos cumplir no ejercieron los poderes de vigilancia necesarios para evitarlo. Este modelo se detiene más en los indicadores de la “cultura corporativa” que en los comportamientos individuales. El hecho de que este sea el modelo hacia el cual los dos anteriores parecieran estar convergiendo explica la importancia que han cobrado los programas de cumplimiento anticorrupción en las empresas multinacionales. Ellos son, como veremos en la sección siguiente, el vehículo para transformar la cultura organizacional.

Algo similar ocurre en Alemania. Aunque aplicada por los jueces penales que juzgan el hecho principal, la responsabilidad de las empresas en dicho país sigue los principios de la responsabilidad administrativa o “cuasi-penal”. El factor de atribución deriva de la falta de supervisión adecuada de parte de la alta gerencia.³⁷ Es decir, también aquí la responsabilidad

³⁶ USSGO, disponible en: United States Sentencing Commission, http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

³⁷ Ley alemana de Contravenciones e Infracciones Administrativas (OWiG), 1987, art. 20.

deriva de una deficiente cultura corporativa que permite que algún empleado incurra en hechos de corrupción.

2.6) Responsabilidad por los actos de terceros

La responsabilidad de las casas matrices no se limita a los actos realizados por sus empleados directos. Tanto las convenciones internacionales como las leyes que las implementan también sancionan los supuestos de sobornos pagados por terceros. El objetivo es evitar la práctica tan arraigada de utilizar intermediarios locales, consultores, distribuidores, agentes, subcontratistas o a la propia subsidiaria para canalizar los pagos ilícitos. En otras palabras, se intenta evitar que las empresas multinacionales obtengan negocios a través de sobornos pagados por intermediarios y, si ello ocurre, que queden impunes por no haber participado del hecho.

Actualmente, tanto la FCPA como la UKBA permiten atribuir responsabilidad, no solo por los actos de los empleados de la compañía, sino también por los de aquellos terceros vinculados contractualmente con la empresa – subsidiarias, sociedades en las cuales participa, agentes, distribuidores, franquiciados, subcontratistas, proveedores y otros eslabones en la cadena de valor³⁸; pues las empresas son responsables por ser diligentes en su contratación, entrenarlos en el cumplimiento de la ley y controlar la aplicación de la misma.

La extensión de la responsabilidad ha sido acompañada con el cambio del estándar de conocimiento exigido en la casa matriz. Originalmente, la FCPA requería que la acusación probara el conocimiento (dolo directo) de lo que ocurría en las subsidiarias para atribuir responsabilidad a la casa matriz por actos de terceros. Durante ese periodo, las casas matrices preferían desconocer lo que ocurría en sus subsidiarias. Luego de la reforma de 1998, el estándar de conocimiento requerido fue modificado por uno mucho menos exigente, cercano a nuestro estándar para atribuir negligencias (“debió haber conocido”), lo que modificó la estrategia interna de las casas matrices en relación con sus subsidiarias.

Ambas legislaciones en cuestión admiten como defensa un programa de cumplimiento proporcional a los riesgos de la actividad, del cual se desprenda el compromiso de la alta gerencia, la diligencia en la selección de los “agentes directos”, su entrenamiento, y los procesos de monitoreo y auditoría adecuados. En consecuencia, es cada vez más común la

³⁸ Agentes directos, en el lenguaje de las UKBA *Guidelines*, es un concepto que no necesariamente se aplica a las subsidiarias y sus respectivas cadenas de valor. De hecho, según explica Pieth, la Sección 7 del UKBA no genera una responsabilidad automática de la casa matriz por los actos de la subsidiaria; lo que ocurrirá cuando la segunda actúe en beneficio de la primera. Véase Pieth, *Harmonizing Anti-Corruption Compliance...*, 37.

extensión del programa de cumplimiento a todos los terceros que podrían generar responsabilidad para la empresa. La casa matriz debe asegurarse que todos ellos cumplan sus estándares éticos. La experiencia muestra que muchas transacciones corruptas han sido mediadas, facilitadas o inclusive iniciadas por alguno de estos terceros. En algunos casos, una empresa puede ser arrastrada a un escándalo, incluso sin saber que parte de una comisión que ha pagado a un intermediario ha sido utilizada para pagar sobornos.

Para liberarse de su responsabilidad, la casa matriz debe probar que no ha sido “ciega frente al dolo”, es decir, que adoptó los recaudos necesarios para cerciorarse que todos sus “asociados” actuarían conforme a las políticas anticorrupción de la empresa. Ello forma una parte importante del programa de cumplimiento que se manifiesta principalmente en: 1) la necesidad de efectuar un análisis de debida diligencia sobre todos los terceros con la profundidad acorde con el nivel de riesgo que presenta cada uno; 2) conservar el derecho de auditar a los terceros; 3) incluir cláusulas de rescisión de las relaciones contractuales en casos de indicios de corrupción; y 4) en el caso de sub-contratistas, exigir que se sujeten al programa de cumplimiento. Además de las cláusulas contractuales, es preciso que los terceros – que muchas veces desconocen el estándar internacional – comprendan la seriedad del problema que un pequeño soborno podría acarrear a la empresa. La responsabilidad, por supuesto, no se extiende a los revendedores de productos.

Finalmente, también es importante destacar que, en algunas jurisdicciones como en Estados Unidos, existe responsabilidad sucesoria en casos de fusiones y adquisiciones, es decir las empresas adquieren responsabilidad por los actos realizados por las fusionadas o adquiridas durante los 5 años previos a la fusión o adquisición.³⁹

2.7) Sanciones

Las sanciones para las empresas siempre tienen efectos económicos. En el derecho penal son directamente monetarias – multas – con la consecuencia accesoria del decomiso de las ganancias obtenidas – generalmente considerada no punitiva y por ende aplicada aun antes de

³⁹ Véase “US (SEC) vs. GE” (2010), disponible en: The TRACE Compendium, <https://secure.traceinternational.org/Knowledge/Compendium.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Titan” (2005), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=80> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Syncor International Corporation (2002)” y “US (SEC) vs. Monty Fu” (2007), disponibles en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=106> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. ITXC” (2008), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=133> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

la condena.⁴⁰ En el ámbito regulatorio, además de las multas, las empresas son usualmente sancionadas con la pérdida de la posibilidad de competir por nuevos negocios con el Estado o la pérdida de beneficios de los que gozaban hasta el momento de la sanción.

Aunque originados en el derecho estadounidense, los agravantes y atenuantes más comunes se adecuan perfectamente al modelo de responsabilidad de las personas jurídicas basado en la “desorganización empresarial”. La reincidencia y la falta de cooperación con las autoridades son usualmente factores agravantes. En cambio, la cooperación y el reporte voluntarios, las reformas para evitar que los hechos se repitan en el futuro – a través del establecimiento o reforma del programa de cumplimiento – son factores atenuantes. Los criterios determinantes para atenuar la sanción – o directamente excluir la responsabilidad – se vinculan con los procedimientos de debida diligencia para detectar las conductas prohibidas; la promoción de una cultura corporativa que incentive conductas éticas y compromiso con los objetivos de cumplimiento; la aplicación de sanciones e incentivos internos – cada vez más asociadas a las políticas de recursos humanos y de compensaciones –; y el funcionamiento efectivo de un mecanismo de denuncias.

El derecho alemán permite la aplicación de multas de hasta un millón de euros – máximo criticado por la OCDE por ser insuficientemente “disuasivo” – y el decomiso de las ganancias obtenidas, sanción que ha demostrado ser bastante más efectiva y disuasiva que la multa. El procedimiento también permite a las empresas la realización de acuerdos con la fiscalía, que generalmente no incluyen consecuencias accesorias de las sentencias, la más importante de las cuales es la exclusión de la posibilidad de participar en licitaciones públicas. Recuérdese que, en el ámbito Europeo, una empresa condenada por hechos de corrupción en perjuicio de intereses de la Comunidad es automáticamente excluida de cualquier licitación pública que tenga lugar en el ámbito de la misma.⁴¹

2.8) Otras áreas reguladas

Además de prohibir el soborno, el estándar internacional regula una serie de prácticas comerciales comúnmente aceptadas que, en determinadas circunstancias, podrían constituir

⁴⁰ Este criterio fue recientemente receptado en Argentina para los supuestos de lavado de dinero (Código Penal, art. 304) y delitos financieros (Código Penal, art. 312). El Proyecto de Ley de Modificación de los Delitos contra la Administración Pública (Expte. 8778-D-2010), que cuenta con dictamen favorable de las comisiones de Legislación Penal y Justicia de la Cámara de Diputados, prevé el mismo criterio para los delitos contra la administración pública.

⁴¹ Véase Directiva 2004/18/CE, arts. 43 y ss.

ventajas indebidas asimilables a sobornos: los regalos, los gastos de viajes, los gastos de promoción, las contribuciones benéficas, las donaciones, los auspicios y las contribuciones políticas. Todas estas conductas pueden, bajo determinadas circunstancias, ser consideradas sobornos.⁴² La Recomendación OCDE 2010 insta a los países a requerir a las empresas sujetas a su jurisdicción que adopten políticas específicas en cada una de estas áreas que, en conjunto, ha sido denominada “la zona gris”⁴³. Por ello es usual encontrar en los códigos de conducta de las empresas una sección que establece la prohibición del soborno y otra que establece las políticas específicas en relación con cada una de estas conductas.

Los principios que permiten diferenciar estas prácticas comerciales de técnicas para encubrir sobornos, son: la razonabilidad, la proporcionalidad y, cada vez más – y en algunos casos contra los dos primeros – la austeridad. Estas evaluaciones dependen del nivel económico del país que se trate, de los niveles jerárquicos dentro de las empresas y, también, de las normas culturales y las prácticas de cada industria – algunas de las cuales han cambiado drásticamente a partir de la atención que se ha deparado a estos temas.

Aunque no esté expresamente recomendada, para aventar cualquier duda sobre estos gastos, muchas compañías han optado por registrarlos y hacerlos accesibles en determinadas áreas de la empresa. Muchos programas de cumplimiento han integrado software específico para que cada empleado registre estas instancias y el equipo de cumplimiento pueda compararlas, auditar aquellas que no aparezcan razonables o proporcionadas, y establecer parámetros que permitan objetivar las nociones de razonabilidad y proporcionalidad.⁴⁴

Los “regalos”, usualmente entregados o recibidos entre personas físicas, son generalmente en especie y, cuando son de buena fe, se otorgan sin esperar nada a cambio. Muchas compañías prohíben a sus empleados entregar o recibir regalos de funcionarios públicos⁴⁵ y solo aceptan entre privados aquellos que sean considerados de cortesía, que contienen publicidad de quien lo entrega y, generalmente, respetan algún tope monetario. Cuando exceden este valor o no aparecen como razonables, muchos códigos de ética empresarial recomiendan su devolución, su usufructo común entre todos los empleados de la compañía, o su donación. Cada vez más,

⁴² Por ello ha sido llamada “la zona gris”. Véase Pieth, *Harmonizing Anti-Corruption Compliance...*, 61.

⁴³ Pieth, *Harmonizing Anti-Corruption Compliance...*, 61.

⁴⁴ Véase TRACE, *The TRACE Gifts & Hospitality Software solution*, disponible en: <https://secure.traceinternational.org/Advisory/gifts-&-hospitality-software.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁴⁵ Especialmente en aquellos países en los cuales los funcionarios públicos tienen prohibidos recibirlos. Es el caso de Argentina, de acuerdo a la prohibición que prevé el art. 8 de la Ley de Ética de la Función Pública (Ley 25.188, B.O. 26/10/1999), disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/norma.htm> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

las empresas registran los regalos entregados y los recibidos, las personas físicas que intervienen, el valor estimado y las fechas. Ello permite establecer patrones y detectar sobornos encubiertos.

La razonabilidad de los “gastos de viajes” y de los “gastos de promoción”, en cambio, está guiada por la vinculación del viaje o de la promoción con el propósito del negocio. Ello ha restringido al máximo la práctica de invitar a posibles socios de un negocio – sean funcionarios públicos o privados – con estadías de lujo; incluir a miembros de la familia en tales viajes; combinar los viajes estrictamente del negocio con estadías de placer u organizar eventos en lugares poco apropiados para el cumplimiento de sus objetivos. Muchas industrias han cultivado, durante décadas, prácticas que no resisten este estándar. Sin embargo, al tratarse de un área cuyos detalles se dejan librados al mercado, existe un problema de acción colectiva: ninguna empresa quiere dar el primer paso para no exponerse a desventajas competitivas. Por ello, las asociaciones sectoriales pueden jugar aquí un rol relevante en “aclarar los grises” de modo de nivelar las reglas de competencia.⁴⁶

Las “contribuciones benéficas” y “donaciones” usualmente no presentan problemas en relación al monto sino al receptor. Estos gastos están generalmente asociados a aspectos de la responsabilidad social empresaria y no debería obtenerse nada a cambio de ellos. El desafío de estos gastos para el programa de cumplimiento radica en haberse cerciorado de que el receptor utilizará los fondos para los fines para los cuales han sido donados. Esta práctica se vincula estrechamente con las “contribuciones políticas”, dado que en muchos países los partidos o candidatos políticos establecen organizaciones sin fines de lucro para sortear las regulaciones sobre financiamiento de campañas políticas. La debida diligencia sobre la entidad receptora y sus vinculaciones es aquí la clave para asegurarse que una donación no se convertirá en una acusación de soborno en el futuro.

3. El origen de los programas de cumplimiento

Los programas de cumplimiento son un producto del derecho estadounidense que se ha ido delineando al ritmo de diversos escándalos corporativos. Durante la década del ‘70, las investigaciones de *Watergate* revelaron la práctica frecuente de las multinacionales estadounidenses de sobornar funcionarios públicos extranjeros. La respuesta, contenida en la

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el Código de Conducta sobre Interacciones con Profesionales Sanitarios, disponible en: http://www.cocir.org/uploads/documents/COCIR_Code%20of%20Conduct_SPANISH.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

FCPA, no solo estableció la prohibición que daría origen al estándar analizado en la sección anterior, sino que también requirió a las empresas controles financieros específicos que se fueron complejizando en cada modificación posterior.⁴⁷ Durante la década de los ‘80, los escándalos en la industria de defensa dieron lugar a la formación de una Comisión Presidencial – la Comisión Packard – que recomendó la implementación de programas de cumplimiento para los contratistas de esa industria, dando lugar a la formación de la *Defense Industry Initiative on Business Ehtics and Conduct*⁴⁸. A mediados de esta década, la respuesta a los escándalos sobre el uso indebido de información privilegiada en el mercado de valores se cristalizó en la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*, que requiere a los intermediarios del mercado de valores el establecimiento de programas dirigidos a prevenir el abuso de información no pública. En la década de los ‘90, la política estadounidense para enfrentar el narcotráfico primero, y la criminalidad organizada y el terrorismo internacional después, delineó programas de cumplimiento dirigidos a evitar el lavado de dinero, es decir, la introducción de dinero de origen ilícito en las instituciones e intermediarios financieros.

Estos desarrollos culminaron en la introducción, en 1991, de un atenuante vital para la responsabilidad penal de las empresas. Las *US Sentencing Guidelines for Organizations* (USSGO) generalizaron, para todos los delitos, el enfoque preventivo basado en la transferencia parcial de la responsabilidad de detectar y prevenir los hechos penalmente reprochables al sector privado. Tal responsabilidad se combina con un esquema de incentivos que mide los esfuerzos preventivos privados a la hora de imponer sanciones.⁴⁹

Desde el punto de vista de la criminología, las estructuras de cumplimiento son un producto del pensamiento que, a partir de los años ‘70, desplazó al modelo correccionalista – basado en las ideas de desviación social y resocialización – por un modelo que incorpora lógicas propias del racionalismo económico y moral, según el cual la criminalidad es entendida como el producto de decisiones individuales basadas en la idea de costo-beneficio y moralmente condicionadas (y no el producto de condicionamientos sociales). Para esta línea de pensamiento, algunos tipos de delitos no deben ser vistos como una “desviación” sino como eventos propios de la interacción social normal y, por ello, explicables a través de patrones

⁴⁷ Lucinda A. Low, “The OCDE Convention: a US perspective on Combating Bribery in International Business” en *The OCDE Convention on Bribery: a Commentary*, eds. Lucinda A. Low, Mark Pieth y Peter J. Cullen (Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2007).

⁴⁸ Para mayor información, entrar al sitio web de *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conducts*: <http://www.dii.org/> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁴⁹ Hay que destacar que, en Estados Unidos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un principio aceptado de manera uniforme desde hace más de 100 años. Véase “New York Central R. CO v. United States”, 212 U. S. 481 (1909).

motivacionales estándar. El supuesto fundamental de estas teorías es que el delito no requiere de ninguna motivación o disposición especial, sino que es parte del riesgo propio de las rutinas de la vida social y económica contemporánea. En otras palabras, muchas de las actividades corrientes conllevan el riesgo de que, durante su realización, se transgredan normas – con absoluta independencia de la “predisposición delictiva” individual. Estas teorías han quitado la atención del “delincuente” y la han trasladado a los hábitos de interacción en determinados espacios – por ejemplo, los espectáculos deportivos, los centros comerciales, la “cultura empresarial” – y a las estructuras de control y de incentivos que operan en tal interacción. Se trata de un enfoque de corte preventivo antes que reactivo, cuyo objetivo principal es reducir la disponibilidad de oportunidades para delinquir, incrementar los controles situacionales y sociales, y modificar las rutinas cotidianas.⁵⁰

Este enfoque se combina con la idea de que las organizaciones que realizan actividades riesgosas están en mejor posición para prevenirlas que el propio Estado. El Estado regula el umbral del control y establece la estructura de incentivos. Sobre esa base, cada organización establece, de acuerdo a sus propios riesgos, su programa de cumplimiento. Aplicada al ámbito del soborno transnacional, la lógica sería: hacer negocios alrededor del mundo conlleva ciertos riesgos de corrupción; existen instrumentos apropiados para medir esos riesgos y prevenir la mayoría de ellos; por lo que las empresas que hacen negocios alrededor del mundo deben asumir la responsabilidad por prevenirlos. Cuando a pesar de haberlos prevenido los hechos ocurrieran igual, las empresas deberán reportarlos y determinar si los sistemas de prevención pueden ser mejorados para evitar que vuelvan a ocurrir.

Esta última idea, de reportar voluntariamente – confesar, en nuestro derecho – también forma parte de un giro importante en la lógica tradicional del derecho penal que, durante la mayor parte de los últimos dos siglos ha sido dominada exclusivamente por instituciones estatales especializadas: la policía, los fiscales, los jueces penales sin ninguna intervención privada.

Actualmente, las empresas realizan rutinariamente sus investigaciones internas y reportan voluntariamente los delitos cometidos por sus empleados a las autoridades estadounidenses, británicas, alemanas, suizas, etc. – usualmente cuando existe algún indicador de que, de otro modo, las autoridades harán su propia investigación y las consecuencias podrían ser más graves. En compensación por ahorrar el costo de la investigación, las autoridades pueden disminuir o excluir la pena de la casa matriz por actos de corrupción ocurridos en sus

⁵⁰ Véase David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

subsidiarias, realizados por sus empleados o por otros terceros conectados con la empresa de acuerdo al estándar delineado en la sección anterior.

La espectacular diseminación alrededor del mundo de las políticas de control del lavado de dinero⁵¹ resultó, en muchos países, en la identificación de la idea de cumplimiento con la de prevención del lavado de dinero. Es el caso de Argentina, donde los sujetos obligados a prevenir el lavado de dinero están obligados a establecer programas de cumplimiento en sus organizaciones. En el ámbito anticorrupción, sin embargo, los programas de cumplimiento no son obligatorios. Ni la FCPA, ni la UKBA obligan a ninguna empresa a establecerlos. Aun así, prácticamente todas las empresas multinacionales los tienen y, actualmente, muchas de ellas los están extendiendo a todas sus subsidiarias y cadenas de valor. Incipientemente, muchas empresas locales que integran las cadenas de valor de empresas multinacionales están adoptando programas de cumplimiento. Desde este punto de vista, los programas de cumplimiento tienen un importante potencial transformador: si todos los empleados de todas las empresas fueran capacitados, incentivados y vigilados apropiadamente, el efecto preventivo debería ser notable. La sección siguiente describe algunos hallazgos acerca de cómo se está desarrollando el fenómeno en la Argentina.

4. Los programas de cumplimiento anticorrupción en Argentina

Entre los meses de marzo y diciembre de 2011 participamos como observadores del “Taller de *Compliance* y Buenas Prácticas” que bimestralmente organiza el Centro de Gobernabilidad y Transparencia de la Escuela de Negocios IAE y condujimos 16 entrevistas en profundidad⁵² a oficiales de cumplimiento con responsabilidades en Argentina, en América Latina y en el mundo.

Adicionalmente, entre los meses de noviembre y diciembre de 2011 enviamos un cuestionario⁵³ en línea a una base de datos⁵⁴ de 700 empresas que fue respondido por el 10%

⁵¹ Guillermo Jorge, “Políticas de Control de Lavado de Dinero” en *Drogas y Prohibición: Una vieja guerra, un nuevo debate*, comp. Juan Gabriel Tokatlian (Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010).

⁵² Las entrevistas fueron abiertas – es decir, no estructuradas – y fueron realizadas en la ciudad de Buenos Aires y en la ciudad de Nueva York.

⁵³ El cuestionario fue elaborado con asesoramiento de la consultora Poliarquía y testeado durante el mes de octubre de 2011 con 4 casos. El cuestionario y los resultados completos están disponibles en <http://www.udesa.edu.ar/Unidades-Academicas/departamentos-y-escuelas/Departamento-de-Derecho/Programa-control-de-corrupcion> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁵⁴ La base de datos fue construida llamando telefónicamente a las empresas asociadas a las cámaras bilaterales de industria y comercio Argentino Estadounidense, Británica, Alemana, Brasileña y China. Aunque cualquier empresa puede asociarse a tales entidades, asumimos que los socios tendrían mayor conexión con el tema en

de los encuestados. La encuesta fue anónima (el software no permitía identificar al encuestado). Sin embargo, las preguntas iniciales estuvieron dirigidas a identificar las obligaciones jurídicas a las que estaba sujeta cada empresa. De las 70 que respondieron la encuesta, 22 tienen su casa matriz en Argentina, 20 en los Estados Unidos, 8 en el Reino Unido, 5 en Alemania, 4 en España, 3 en Suiza, 2 en Francia, 2 en Brasil y las 6 restantes en otros países europeos. De las 48 empresas con casas matrices en el exterior, 45 cotizan en algún mercado de capitales – principalmente en Estados Unidos. De las 22 empresas Argentinas, en cambio, 14 son sociedades cerradas. De las 8 que cotizan sus acciones en el mercado local, 3 lo hacen, además, en el mercado estadounidense.

Del universo de empresas que respondió, el 75% de las que cotizan en algún mercado de valores dijo haber implementado un programa de cumplimiento anticorrupción en Argentina. Aunque las metodologías utilizadas para este trabajo no permiten realizar afirmaciones concluyentes, generan información útil a los fines de trazar hipótesis interesantes para explorar en el futuro.

Ciertos rasgos característicos de los programas de cumplimiento anticorrupción implementados en Argentina permiten delinear dos enfoques bien diferenciados en la materia: el de aquellas empresas para las que el cumplimiento anticorrupción es únicamente un costo regulatorio y el de aquellas que intentan transformar este costo en una ventaja competitiva. Si bien la información reunida es insuficiente para identificar la existencia efectiva de programas que reúnan todas las condiciones de estos dos modelos alternativos (contrapuestos en su concepción del programa de cumplimiento como costo regulatorio o como ventaja competitiva), su descripción como tipos ideales será de utilidad a los fines de aportar claridad conceptual y desarrollar hipótesis de trabajo que sienten las bases de investigaciones futuras.

Bajo el primer enfoque, el programa de cumplimiento aparece como una serie de formalismos que se superponen a las prácticas previas a su creación: los códigos de ética, normas y procedimientos no están basados en análisis de riesgos concretos; los oficiales de cumplimiento no son personal jerárquico (no desempeñan esta función con exclusividad ni participan de las decisiones de negocio); los empleados no reciben entrenamientos enfocados en cómo enfrentar riesgos reales. Nuestra impresión es que, en estos casos, el cinismo domina el acercamiento a la problemática de la corrupción en general, lo que dificulta reflexionar seriamente sobre cuál es la manera más estratégica de enfrentar el problema, cumplir con las

estudio. Sin embargo, cuando consultábamos por una dirección de correo electrónico de la persona encargada de cumplimiento o *compliance*, solo el 15% de las empresas consultadas conocían el término.

expectativas regulatorias y utilizar el programa de cumplimiento como una herramienta de transformación.

En el segundo caso, en cambio, las inversiones en cumplimiento aparecen asociadas a la reputación de la empresa y, en algunos casos, se espera obtener ventajas competitivas de tales inversiones. En estos casos, existe una preocupación por liderar el segmento de responsabilidad social y ética en temas tan diversos como la seguridad laboral, los conflictos de interés, la defensa de la competencia, la protección del medio ambiente, las políticas contra el lavado de dinero o, lo que aquí nos ocupa, las políticas de prevención de la corrupción.

En general, los programas de cumplimiento de estas empresas prefieren incorporar análisis de riesgos locales; usualmente cuentan con personal dedicado a “derramar” las ideas que moldean la “nueva cultura”, y con *staff* de cumplimiento con dedicación exclusiva integrado a la alta gerencia local pero con línea directa a la casa matriz. Se trata, en general, de empresas que han sido sancionadas en alguna jurisdicción o han sufrido problemas reputacionales serios en el pasado y han decidido invertir en una buena reputación.

La literatura que ha explorado los efectos de la reputación es ambigua.⁵⁵ Existen estudios que muestran que, en algunos casos, la mala reputación es castigada por los inversores⁵⁶ y por los consumidores,⁵⁷ y afecta la búsqueda de talentos⁵⁸. Otros sostienen que la buena reputación es económicamente beneficiosa en el largo plazo⁵⁹ ya que, en un mundo donde los productos se parecen cada vez más, la “forma” en la que se hace negocios puede ser vista como una ventaja competitiva⁶⁰.

La reputación no tiene, sin embargo, el mismo valor en todas las industrias ni todas las empresas se encuentran en la misma posición para invertir en estrategias de largo plazo; no

⁵⁵ Lynn Paine, *Value Shift: Why companies must merge social and financial imperatives to achieve superior performance* (Nueva York: Mc Graw Hill, 2003).

⁵⁶ Mientras escribimos estas líneas, las noticias informan que las acciones de Wal-Mart USA cayeron casi un 5% y las de Wal-Mart México más de un 12% en la Bolsa de Nueva York (NYSE) como consecuencia de una publicación en el *New York Times*, una semana atrás, que alegaba que la empresa habría pagado sobornos en México para acelerar el proceso de obtención de autorizaciones y permisos para instalarse en ese país. Para mayor información véase: Barney Jopson, “Wal-Mart hit by Mexico bribery claims”, *Financial Times*, 22 de abril de 2012, disponible en: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e2055ca0-8d50-11e1-9798-00144feab49a.html#axzz1tHPqKN9v> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁵⁷ Virginia Haufler, “Public and private authority in international governance: historical continuity and change” (ponencia presentada en la Conference on New Technologies and International Governance, Washington DC, 11 y 12 de febrero de 2002).

⁵⁸ Matthias Kleinhempel, “Compliance Officers: entre la teoría y la realidad”, (trabajo presentado en el taller de *Compliance Officers* del IAE - Centro del Gobernabilidad y Transparencia, Buenos Aires, 10 de agosto de 2011).

⁵⁹ Kelly Kollman, “Marketing good behavior: the role of transnational business networks in promoting standards of corporate responsibility” (ponencia presentada en la CEEISA/ISA International Convention, Budapest, 2003).

⁶⁰ Kleinhempel, “Compliance Officers: entre la teoría y la realidad”.

todas se exponen a los consumidores masivamente; ni basan sus estrategias en captar talentos excepcionales. La exposición reputacional es mayor para las empresas “grandes” o “conocidas” que para las empresas pequeñas o desconocidas. Además, las empresas grandes tienen más respaldo económico para “dejar pasar” oportunidades riesgosas que las pequeñas o medianas que, precisamente, pueden ver en esos negocios una oportunidad de crecimiento y estabilidad.

Los hallazgos de nuestro estudio permiten identificar algunas características asociadas con estos dos enfoques y delinear líneas de trabajo para futuras investigaciones.

4.1) ¿Programas uniformes o programas basados en el riesgo?

Muchas empresas implementan programas de cumplimiento “prefabricados” es decir, diseñados por encargo de la casa matriz para ser implementados homogéneamente en todos los países en los que opera. De las empresas que respondieron nuestra encuesta, el 64% dijo desconocer si el programa era sensible a los riesgos locales y 16% confirmó que no lo era.

¿Las Políticas Anticorrupción son sensibles a los riesgos locales?

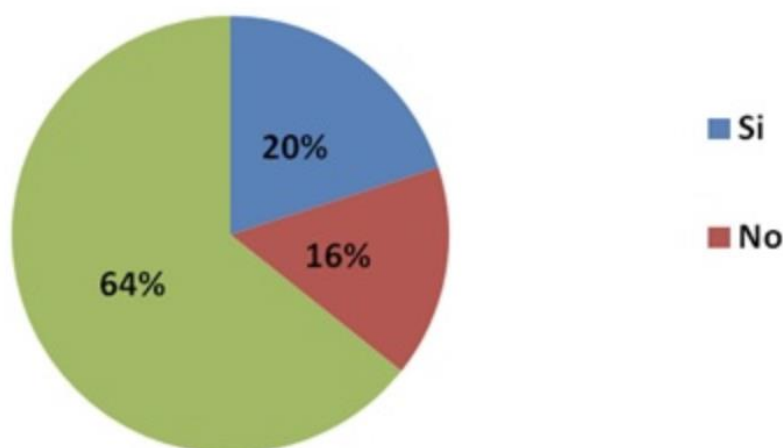


Gráfico 1

La mayoría de nuestros entrevistados están familiarizados y cuentan con herramientas para evaluar los riesgos de sus respectivas industrias y de los países donde funcionan. En algunos casos, atribuyeron la falta de sensibilidad local de los programas a la dificultad de justificar los costos que implicaría la adaptación en las casas matrices. Muchos coincidieron con que, aunque la solución “prefabricada” pueda ser eficiente en el corto plazo (por ejemplo, cuando es la respuesta inicial a una crisis), en otros casos esta solución no solo es inidónea para mitigar riesgos reales, sino que puede entorpecer el giro del negocio si incorpora prácticas desconectadas con problemas reales – aumenta la burocracia interna sin motivos que la justifiquen y resta legitimidad a los oficiales de cumplimiento que no pueden justificar la razonabilidad de tales medidas.

Para que los programas de cumplimiento cumplan la función preventiva que de ellos se espera, su implementación debe ser precedida por una evaluación de riesgos concretos – y por ende locales – que enfrenta el mercado en el que opera la empresa.

Algunos programas presentados durante el “Taller de *Compliance* y Buenas Prácticas” utilizan rankings internacionales – usualmente el que anualmente elabora Transparencia Internacional sobre la percepción de la corrupción en cada país – e intensifican los procedimientos de control y diligencia allí donde se percibe que los riesgos son mayores. En los escenarios más riesgosos, no necesariamente se necesita una mayor participación de los funcionarios locales en la definición de riesgos y medidas para enfrentarlos (en general son definidos por el oficial de cumplimiento global). Sin embargo, algunos entrevistados manifestaron que con el transcurso del tiempo y el desarrollo de relaciones de confianza con los oficiales de cumplimiento global, aumentan las instancias para los funcionarios locales de participar en tales definiciones.

4.2) “*Tone from the top*”

El eslogan “*tone from the top*”, corriente en el lenguaje de cumplimiento, transmite una idea esencial: las máximas autoridades de la compañía son quienes dan el ejemplo a seguir por el resto de los empleados. Si los empleados no perciben que el compromiso ético ha sido incorporado por la alta gerencia en sus rutinas diarias (“*walk the talk*”), los programas de cumplimiento, casi con certeza, no surtirán efecto alguno o, inclusive, serán contraproducentes. Si el mensaje es ambiguo o no creíble en la alta gerencia, no puede esperarse un compromiso mayor de parte de los empleados. En este sentido es sumamente importante resaltar que no bastará con el compromiso moral individual, sino que es necesario

que tal compromiso sea reflejado en su accionar diario. El compromiso interno es insuficiente, porque no brinda un ejemplo claro a los demás.⁶¹

Las compañías multinacionales son, usualmente, organizaciones altamente descentralizadas. Por muchas décadas y en muchas industrias, las relaciones entre la casa matriz y las subsidiarias se limitaron a los resultados económicos. Las estructuras de cumplimiento desempeñan, en cambio, una función centralizadora porque su principal objetivo es que los empleados y terceros que se relacionan con la compañía respondan a los mismos estándares éticos con independencia del país en el que se encuentren.

La alta gerencia de cada subsidiaria juega en este aspecto un rol central. Algunos oficiales de cumplimiento entrevistados perciben que mientras el mensaje que reciben desde la casa matriz es consistente, el mensaje que reciben desde la alta gerencia local, aunque no contradictorio, es algo más ambiguo, propenso a aceptar excepciones o a reinterpretar reglas si ello contribuye a mejorar la performance económica. Con el objetivo de facilitar la tarea de las gerencias de cumplimiento, algunas multinacionales han implementado programas de entrenamiento específicos para las altas gerencias de cada subsidiaria, no solo en el contenido de las reglas sino en cómo reflejar su aplicación cotidianamente. Otros entrevistados, sin embargo, dejaron entrever ciertas ambigüedades desde la casa matriz y poco interés en resolver estas diferencias.

Finalmente, es importante resaltar que el compromiso reflejado en las conductas de la alta gerencia debe coincidir con las prescripciones del código de ética o de conducta adoptado por la compañía. Por supuesto, muchos dilemas aceptan más de una solución éticamente satisfactoria. Sin embargo, el código de conducta debe reflejar las soluciones posibles aceptadas por la empresa. Si se advierten soluciones más adecuadas, lo que corresponde es reformar el código de ética. Pero apartarse de su letra – aun sin contradecir sus principios – envía mensajes ambiguos a la comunidad a la que está dirigido.

⁶¹ Un oficial de cumplimiento local lo graficaba con el siguiente ejemplo: 4 funcionarios de la alta gerencia de la subsidiaria, incluido el CEO, habían recibido el mismo regalo de un cliente. El valor excedía los parámetros establecidos por el código de conducta de la empresa el cual disponía que en ese caso los regalos debían ser devueltos o, cuando la devolución pudiese interpretarse como una falta de cortesía, debían donarse a entidades sin fines de lucro. Cuando los regalos fueron recibidos, el CEO estaba de viaje. Un funcionario devolvió el regalo inmediatamente, sin consultarlo previamente. Los otros dos los mantuvieron cerrados en sus oficinas. Cuando el oficial de cumplimiento se ofreció a ayudarlos con la devolución, ambos respondieron que esperarían ver la conducta del CEO quien, a su regreso, devolvió el regalo. El ejemplo ilustra, por un lado, cómo la conducta del CEO local influencia diariamente el trabajo de cumplimiento y, por otro, que la conducta de “la autoridad” es más relevante que la regla escrita.

4.3) Organización y rol del área de cumplimiento

Aunque los estándares internacionales o las leyes que los implementan no interfieren en la forma en la que cada empresa organiza internamente su área de cumplimiento, usualmente recomiendan contar con un oficial de cumplimiento que tenga responsabilidad operativa sobre el programa. Tampoco se exige que haya un área o departamento exclusivo dedicado a este tema. Muchas empresas, especialmente las medianas y pequeñas asignan la responsabilidad del programa local a otras gerencias. De las empresas que respondieron nuestra encuesta, solo el 23% tiene en Argentina al menos un funcionario dedicado exclusivamente a la implementación del programa de cumplimiento. El 47%, en cambio, ha asignado esa responsabilidad a otra gerencia.

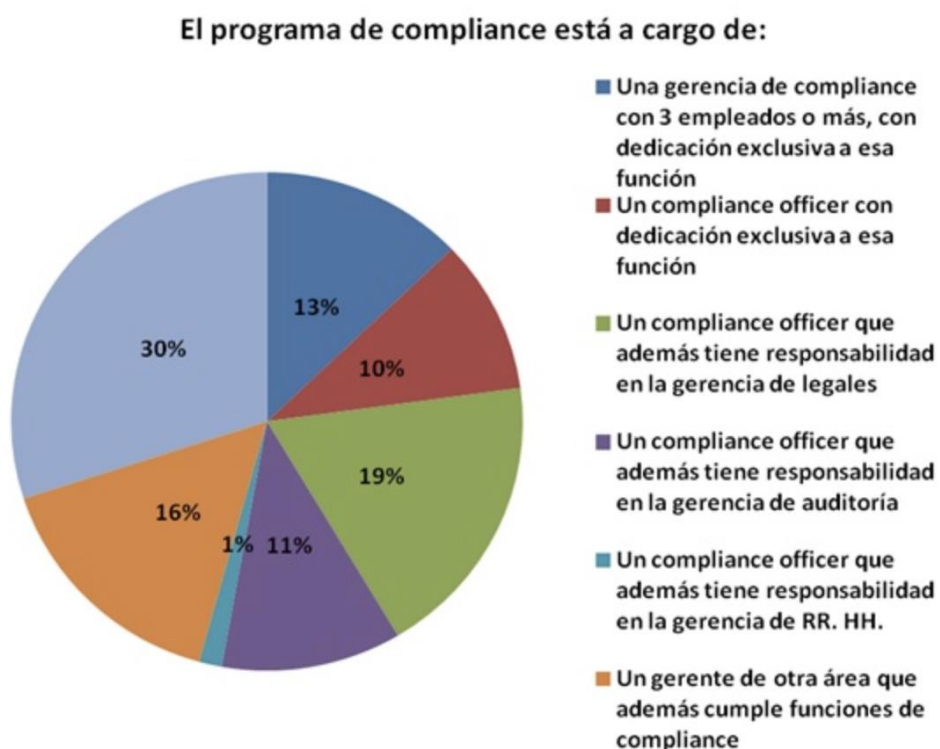


Gráfico 2

Si bien solo el 10% de las empresas que recibieron la encuesta la respondieron – lo que permite especular que un alto porcentaje decidió no participar porque no tiene una estructura de cumplimiento –, la mayoría de ellas dijo contar con un programa de cumplimiento. Sin

embargo, solo el 24% de las empresas que respondieron, tiene personal dedicado exclusivamente a estos temas en todos los países en los que opera, y alrededor del 45% tiene responsables globales o regionales que se apoyan localmente en otras gerencias.

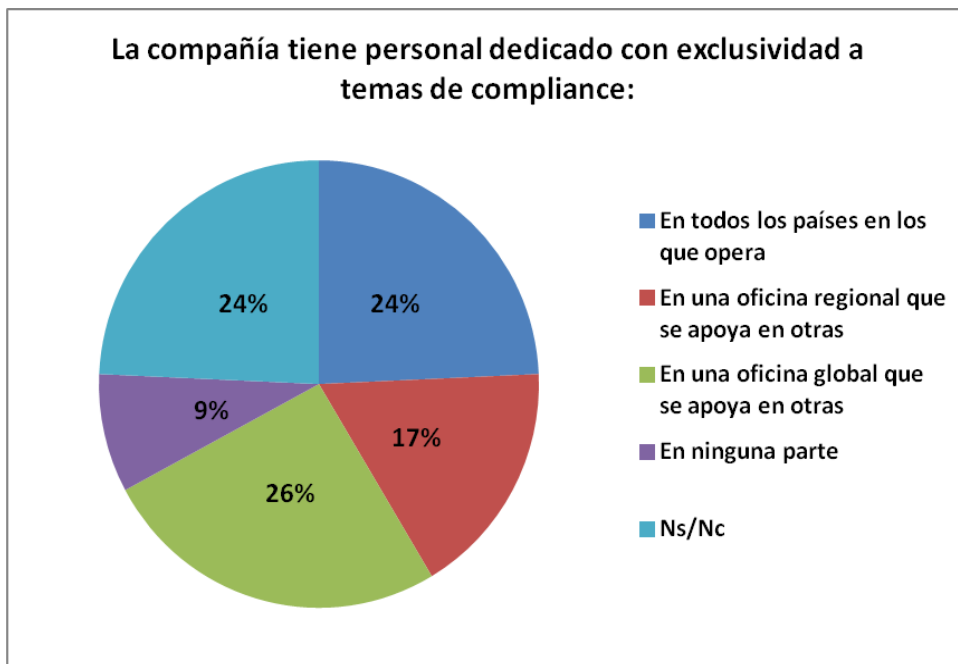


Gráfico 3

Cuando se presentan estas estructuras, y en atención a las diferencias que señaláramos en el apartado anterior entre las casas matrices y las subsidiarias, pareciera razonable que los oficiales de cumplimiento local reporten tanto a la alta gerencia local (CEO o CFO, por sus siglas en inglés) como a la estructura de cumplimiento regional o global. Ello aumenta su autonomía para canalizar inquietudes que no siempre encuentran soluciones inmediatas en la

alta gerencia local o en la casa matriz. Esta situación, se registra en el 37% de las empresas que respondieron a nuestra encuesta.



Gráfico 4

En cuanto al rol del oficial de cumplimiento, la literatura coincide en que lo ideal es integrarlo a la alta gerencia, tanto por el compromiso que ello implica como por la importancia de su integración al giro del negocio. Si el oficial de cumplimiento debe guiar a la organización en cómo asumir determinados riesgos asociados a una diversidad de temas, no solo debe ser capaz de comprender los aspectos comerciales, sino que su evaluación de riesgos debe acompañar el proceso de gestación de cada negocio.⁶² En la mayoría de las empresas que respondieron la encuesta, los oficiales de cumplimiento son percibidos como asesores acerca de lo que está prohibido o permitido (30%), mientras que un porcentaje inferior (10%) los considera como auditores. Es alentador que un porcentaje relativamente alto (24%) respondió que el oficial de cumplimiento es percibido como un consultor de riesgos y que solo un mínimo porcentaje respondió que el oficial de cumplimiento era percibido como un “inhibidor de negocios”.

⁶² Kleinhempel, “Compliance Officers: entre la teoría y la realidad”.

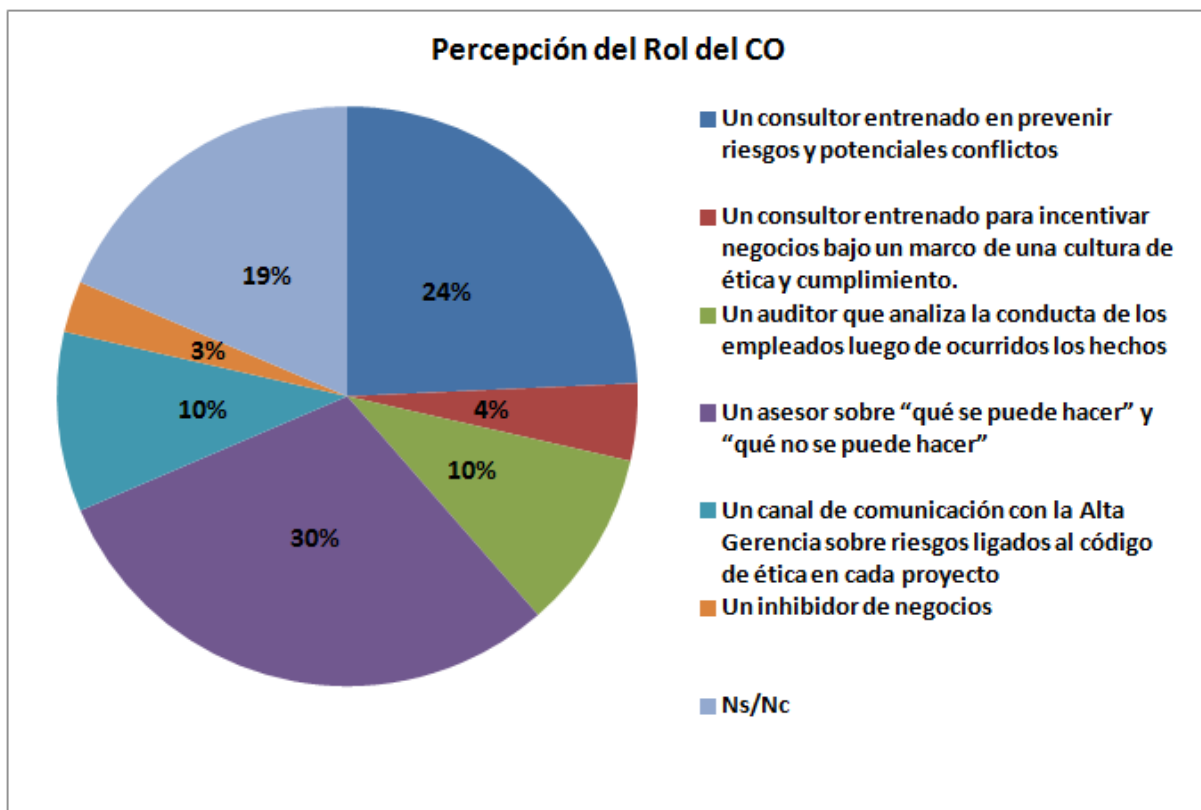


Gráfico 5

Las empresas que respondieron no contar con funcionarios exclusivamente dedicados a temas de cumplimiento asignan esta responsabilidad a la gerencia de legales (19%) o de auditoría (11%) – ver gráfico 2.

4.4) Entrenamiento de los empleados y comunicación

El objetivo último de los programas de cumplimiento es que los empleados internalicen las reglas del código de conducta en sus rutinas diarias. El país, la industria y la cultura de cada empresa en particular determinan el grado de esfuerzo necesario para lograr este objetivo.

La “capacitación” de los empleados es uno de los caminos para lograrlo. Sin embargo, enseñar estándares éticos a personas adultas es un desafío pedagógico importante. Existen muchas técnicas testeadas – desde desarrollar las políticas participativamente para comprender qué piensan los empleados; intercambiar roles entre quienes venden productos y los oficiales de cumplimiento; ser “víctima” de las propias reglas que uno pretende aplicar al resto; consensuar los extremos y detenerse en las zonas grises, etcétera.

Las técnicas de entrenamiento utilizadas en las capacitaciones muchas veces son buenos indicadores del éxito que tendrán en la internalización de sus contenidos. Las grandes

corporaciones utilizan, muchas veces, entrenamientos online diseñados por la casa matriz. Estos entrenamientos son útiles para crear un conocimiento homogéneo sobre los estándares básicos, sobre las responsabilidades de las diferentes estructuras comprometidas y sobre los procedimientos a seguir frente a la necesidad de consultas o de reportes de violaciones. Sin embargo, usualmente no son útiles para resolver los dilemas éticos diarios y las zonas grises, especialmente del personal que los enfrenta cotidianamente. Aunque desconocemos el contenido de los entrenamientos y las técnicas utilizadas, la mayoría de las empresas que respondieron nuestra encuesta (42%) combinan entrenamientos presenciales con entrenamientos *online*.

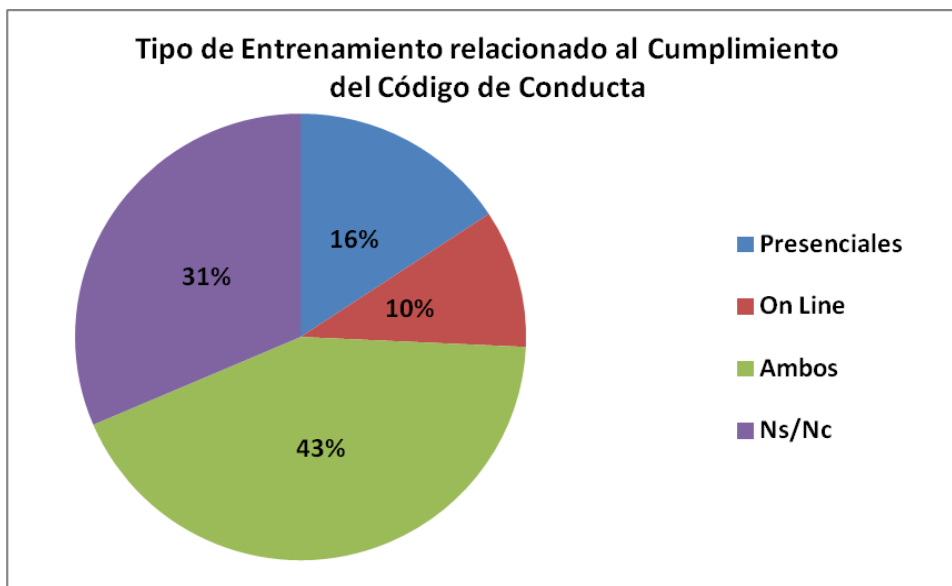


Gráfico 6

Otro indicador de la orientación del programa es la frecuencia de los entrenamientos. Los empleados del 13% de las empresas que respondieron la encuesta reciben un entrenamiento como parte de la inducción inicial; mientras que el 37% de las compañías brinda un único entrenamiento anual. Menos del 10% recibe entrenamientos trimestrales. La mayoría de nuestros entrevistados respondió que, dada la diferencia de la inversión requerida entre

entrenamientos online uniformes para todos los países y entrenamientos presenciales en cada país, la modalidad utilizada es un fuerte indicador de la concepción que la empresa tiene del programa. Aunque indudablemente habrá empresas en las cuales los estándares éticos se “viven” a diario, los empleados que una vez al año deben hacer un curso *online* de 30 minutos de duración – y en algunos casos en un idioma que no dominan – reciben, a la mejor luz, un “recordatorio” de que existe un código de conducta.

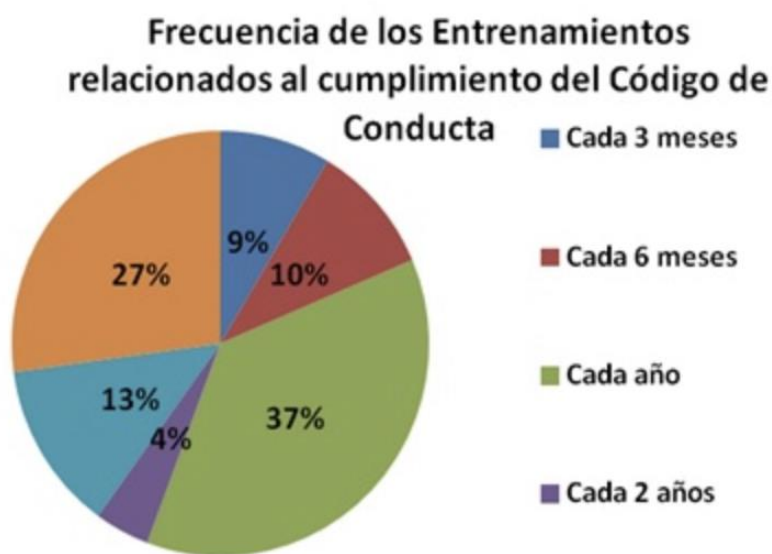


Gráfico 7

4.5) Reportes y Protección de los reportantes

La mayoría de los programas de cumplimiento establecen uno o varios canales para reportar violaciones al código de ética o a los procedimientos. En Argentina, como en la mayoría de los lugares en los cuales la denuncia de los pares frecuentemente origina sanciones informales, prevalecen los sistemas que protegen la identidad del denunciante o garantizan el anonimato. Varios oficiales de cumplimiento entrevistados coincidieron en que los empleados desconfían de los métodos electrónicos y prefieren utilizar una especie de “buzón de sugerencias colocado en algún lugar en el cual no haya cámaras de seguridad”. En tal contexto, parecería razonable incluir incentivos para aumentar las posibilidades de detectar violaciones a las reglas. Sin embargo, de las empresas que respondieron la encuesta, solo el 2% respondió que su programa de cumplimiento prevé incentivos para recompensar a los denunciantes y el 4% respondió que aunque los incentivos no están expresamente previstos,

los denunciantes han recibido reconocimientos no económicos. Un 24% respondió que los denunciantes no son recompensados y un 26% respondió que nunca hubo reportes por violaciones al código de ética. Sugestivamente, el resto (43%) no respondió la pregunta.

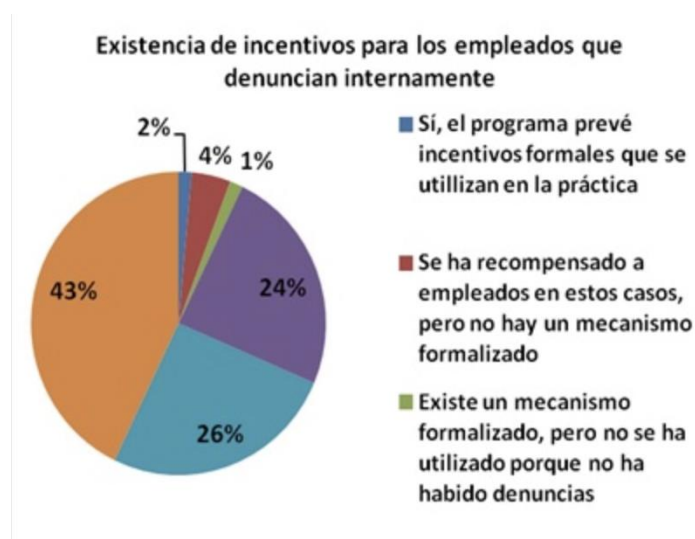


Gráfico 8

Los oficiales de cumplimiento entrevistados coincidieron en que, además de habilitar canales para recibir denuncias, los programas deben dar efectivo y oportuno seguimiento a las denuncias e informar, al menos a quienes les concierne, sobre los resultados de las investigaciones, cualquiera que estos sean. Aunque todos reconocieron que aún no han alcanzado niveles satisfactorios, coincidieron en que ese es el mejor modo de aumentar la legitimidad del programa y, con ello, la confianza de los empleados en que el incumplimiento de las reglas tiene consecuencias y que la denuncia no acarrea represalias sino beneficios.

5. Estrategias para aumentar la transparencia: cumplir, resistir, actuar colectivamente

5.1) La percepción de la corrupción en Argentina

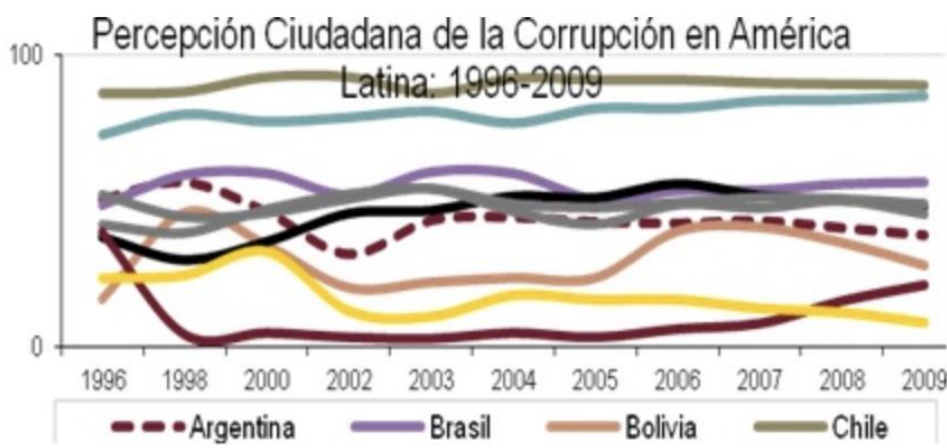
Como señaláramos en un trabajo anterior⁶³, la debilidad institucional en la Argentina genera incertidumbre, lo que fomenta acuerdos de corto plazo y crea incentivos para que los actores políticos y económicos persigan sus objetivos y aseguren sus acuerdos a través de canales informales que, con el tiempo, pueden institucionalizarse y convertirse en reglas o procedimientos ampliamente conocidos y cumplidos, aún cuando no estén escritos⁶⁴. Algunas formas de corrupción en nuestro país funcionan como instituciones informales que “compiten” con instituciones formales débiles.⁶⁵ En algunos mercados, y por algunos periodos, la corrupción gira en torno a reglas relativamente estables y compartidas entre los actores que las conocen, quienes deciden sus comportamientos en función de las expectativas que tales reglas les generan.

Sea medida por la percepción de los ciudadanos de a pie, por inversores extranjeros, empresarios locales, periodistas o académicos, Argentina siempre se ha ubicado en el tercer peor cuarto de cualquier ranking que compara la percepción de la corrupción, independientemente de cuántos países integren la muestra. Las mínimas variaciones en los últimos 15 años se explican más por factores externos que por acciones concretas para enfrentar el fenómeno. En efecto, como muestra el Gráfico 9, la percepción ciudadana sobre el nivel de corrupción aumenta al final de cada administración y disminuye al comienzo de la siguiente si es de diferente signo político. Algo similar sucede con los periodos de inestabilidad macroeconómica, frente a los cuales existe una tendencia a “culpar”, muchas veces sin razón, al manejo corrupto de los fondos públicos como causante de la crisis.

⁶³ Sergio Berenzstein, et al., Mimeografía: *Acciones Colectivas para Reducir la Corrupción en Argentina: límites y oportunidades*, documento de trabajo del Proyecto: “Towards a culture of anticorruption compliance in Argentina: reorienting incentives through collective action”. El documento también se encuentra disponible en: <http://www.udesa.edu.ar/accionescolectivas/biblioteca/?did=77> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁶⁴ Pablo Spiller y Mariano Tommasi, “Political Institutions, Policymaking Process, and Policy Outcomes in Argentina”, en *Policymaking in Latin America: How Politics Shapes Policies*, comps. Ernesto Stein y Mariano Tommasi (Cambridge, Massachusetts: David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, 2008); Steven Levitsky y María Victoria Murillo, *Argentine Democracy: The Politics of Institutional Weakness*, (Pennsylvania: Penn State University Press, 2005); Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions & Democracy: Lessons from Latin America* (Baltimore, Maryland: the Johns Hopkins University Press, 2006).

⁶⁵ Spiller y Tommasi, “Political Institutions, Policymaking Process...”; Levitsky y Murillo, *Argentine Democracy ...*; Helmke y Levitsky, *Informal Institutions & Democracy...*

Gráfico 9⁶⁶

5.2) Resistir

En escenarios de corrupción sistémica o estructural, los programas de cumplimiento anticorrupción son la herramienta por excelencia para homogeneizar una respuesta corporativa para “resistir” la corrupción. Por “resistir” se entiende negarse a participar. Usualmente se asume que, en escenarios donde la corrupción es sistémica o estructural, no participar genera la automática exclusión del mercado.

Nuestra encuesta y nuestras entrevistas muestran lo contrario: resistir funciona. El 49% de las empresas confirmaron que, cuando una empresa no acepta requerimientos o insinuaciones para pagar sobornos, deja de recibir propuestas impropias. Y el 42% respondió no conocer a ninguna empresa que haya dejado de hacer negocios con el Estado por haberse “resistido” a pagar sobornos. Varios entrevistados manifestaron que las respuestas basadas en las limitaciones impuestas por el estándar internacional generalmente no generan ni represalias ni pérdidas de negocios.

⁶⁶ El gráfico es de elaboración propia tomando como base los índices del *Worldwide Governance Indicators* 2011 del Banco Mundial, disponible en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

Gráfico 10

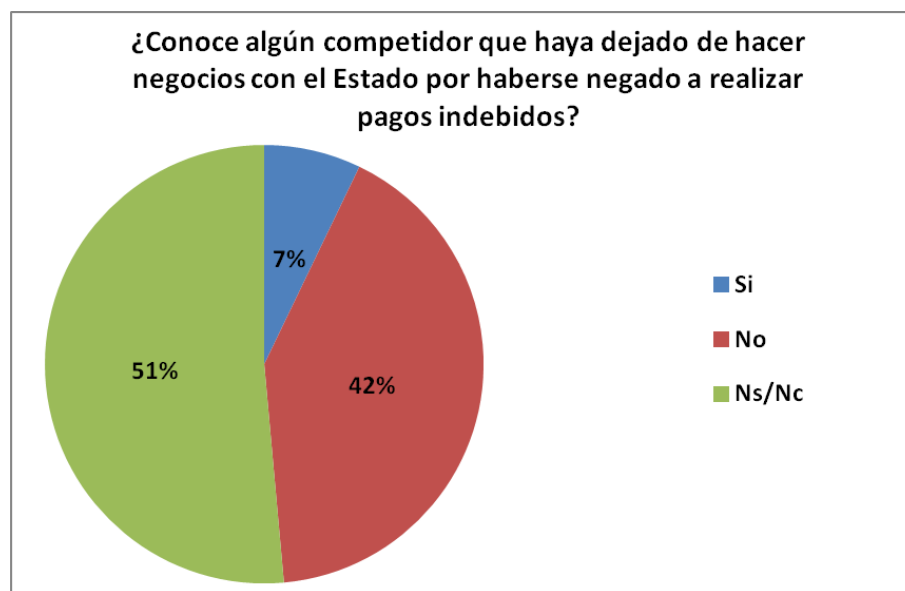


Gráfico 11

En algunos escenarios, sin embargo, “cumplir” y “resistir” son estrategias insuficientes para no perder competitividad. En esos casos, la estrategia apropiada es actuar colectivamente.

5.3) Acciones colectivas

Popularizado por Mancur Olson a mediados de la década del ‘60 en su búsqueda a la solución de la paradoja del *free rider*⁶⁷, el término “acción colectiva” es utilizado en diferentes contextos para explicar la necesidad de crear incentivos que impulsen a individuos a cooperar para la provisión de bienes públicos. La paradoja es la siguiente: todos los miembros de un grupo pueden beneficiarse de los esfuerzos de cada miembro y cada miembro puede, a su vez, beneficiarse de la acción colectiva. Pero si uno o varios miembros del grupo no cooperan, sea para aprovecharse de la contribución de los restantes – el caso del *free rider* –, o por la incertidumbre sobre el comportamiento de los demás – el caso del dilema del prisionero –, los beneficios de la acción colectiva se pierden.

⁶⁷ Mancur Olson, *The logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1965).

En el marco de las iniciativas para reducir la corrupción, el término ha sido aplicado especialmente para diseñar estrategias para el sector privado en contextos de corrupción estructural. En este caso, la paradoja podría expresarse así: la mayoría de los actores privados se beneficiaría de un mercado que opere libre de prácticas corruptas y ello podría lograrse si cada uno se abstuviera de intercambiar beneficios indebidos. Sin embargo, la incertidumbre sobre el comportamiento de los restantes miembros del grupo impide la cooperación necesaria para mejorar el ambiente de negocios. Las claves para la solución de estas paradojas se distribuyen entre la generación de incentivos individuales que alienten la cooperación – económicos, legales, reputacionales, etc. – y la generación de mecanismos que permitan aumentar la confianza entre el grupo de jugadores que se beneficiaría de la acción colectiva.

En la escasa literatura que existe sobre programas de acción colectiva para reducir la corrupción⁶⁸, el problema es usualmente planteado como un dilema para las compañías multinacionales cuyos países de origen prohíben el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros, por la desventaja competitiva que enfrentan frente a las compañías (internacionales o domésticas) que no se motivan por tales reglas – aunque formalmente existan.

Sin embargo, las posibilidades de cooperación del sector privado son mucho más amplias. En el nivel global, el modelo más común es el de los llamados estándares industriales, es decir, un acuerdo entre los jugadores más importantes de una misma industria. Con diferentes resultados, ha habido iniciativas de este tipo en la industria bancaria⁶⁹, en la industria de defensa⁷⁰, la industria de “logística”⁷¹ y la industria de la salud⁷².

⁶⁸ Véase John Braithwaite, “Institutionalizing Trust: Enculturating Distrust”, en *Trust and Governance*, eds. Valerie Braithwaite, y Margaret Levi, (Nueva York: Russel Sage Foundation, 1998); Nicolás Majluf y Carolina Navarrete, “A Two-Component Compliance and Ethics Program Model: An Empirical Application to Chilean Corporations”, *Journal of Business Ethics* 100, nro. 4 (2010): 567; Djordjija Petkoski et al., “Fighting Corruption through Collective Action in Today’s Competitive Marketplace”, *Ethisphere* 5 (2009): 60, disponible en: <http://info.worldbank.org/etools/antic/docs/Ethisphere%20article.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); Djordjija Petkoski et al., “Collective Strategies in Fighting Corruption Some Intuitions and Counter Intuitions”, *Journal of Business Ethics* 88, nro. 4 (2009): 815; Heidi Von Weltzien Høivik y Deepthi Shankar, “How Can SMEs in a Cluster Respond to Global Demands for Corporate Responsibility”, *Journal of Business Ethics* 101, nro. 2 (2011): 175.

⁶⁹ Desde el año 2000, 12 bancos internacionales que en conjunto detentan alrededor del 70% del segmento de *private banking*, se han unido bajo el nombre de Wolfsberg Group. Suscribieron diversos acuerdos para prevenir el lavado de dinero procedente de varios delitos, incluyendo los asociados a la corrupción. Los estándares alcanzados están disponibles en www.wolfsberg-principles.com. (Consultados por última vez el 2 de mayo de 2012)

⁷⁰ En 2009, la *Aerospace Industries Association of America* (AIA - que reúne a más de 100 compañías estadounidenses) y la *AeroSpace and Defence Industries Association of Europe* (ASD - que reúne a casi 30 y representa a más de 2000 compañías europeas) acordaron los *Global Principles of Business Ethics for the Aerospace and Defense Industry*. Entre otras declaraciones más generales, los firmantes se concentraron en el rol de los intermediarios en los pagos ilícitos - sin duda el denominador común de la corrupción en esta industria - y

En el nivel local, el modelo más común de acción colectiva es el que ha sido popularizado por la organización Transparencia Internacional con el nombre de “Pactos de Integridad”. A diferencia de los estándares industriales, estos acuerdos se dirigen a prevenir la corrupción específicamente en el ámbito de las compras y contrataciones públicas. Se trata de acuerdos mediante los cuales un organismo público – nacional, sub-nacional o local – encargado de administrar una licitación y quienes compiten para obtenerla establecen reglas para evitar el ofrecimiento y aceptación de sobornos, los acuerdos de precios entre competidores y/u otras prácticas que afectan la competencia.

El cumplimiento de los pactos de integridad es, en general, monitoreado por miembros de la sociedad civil. El acuerdo puede incluir sanciones por incumplimiento de alguna de las obligaciones acordadas, con independencia de las acciones penales o administrativas previstas por la legislación, que en general se basan en la idea de afectar la reputación del incumplidor y, a veces, la posibilidad de participar como oferente en contratos futuros. En la última década se han implementado, en el mundo, decenas de pactos que difieren en el nivel de monitoreo y en la posibilidad de aplicar sanciones.⁷³

Algunas iniciativas sectoriales de alcance global utilizan esta herramienta cuando se presenta la oportunidad en contextos domésticos. Los ejemplos más conocidos son la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas⁷⁴, la Iniciativa de Transparencia en el Sector de la Construcción⁷⁵, y la Red de Integridad por el Agua⁷⁶. Todos estos esfuerzos involucran al

acordaron una definición amplia de intermediarios, el monitoreo previo de sus contrataciones y reglas para canalizar los pagos de sus servicios - prohibición de pagos en efectivo, limitación de pagos fuera de la jurisdicción de residencia del agente, registro de todos los pagos en los libros contables, etc.

⁷¹ El punto neurálgico de la corrupción en estas industrias son los “pagos de facilitación”, especialmente en las aduanas, tema alrededor del cual giran las incipientes discusiones entre los principales jugadores globales de este sector.

⁷² Tanto la industria farmacéutica como la de proveedores de tecnología y equipamiento médico, son ejemplos donde las prácticas colectivas auto-reguladas o mediadas por asociaciones constituyen una práctica establecida. En relación a la industria farmacéutica véase, por ejemplo, el Código de Conducta de la Asociación Internacional de de Empresas y Asociaciones Farmacéuticas, disponible en: http://www.ifpma.org/fileadmin/content/Publication/IFPMA_Code_of_Practice_2012.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). En cuanto a las relaciones con los profesionales de la medicina, véase el Código de Conducta sobre Interacciones con Profesionales Sanitarios, disponible en:

http://www.cocir.org/uploads/documents/COCIR_Code%20of%20Conduct_SPANISH.pdf (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁷³ La información básica sobre cada una de estas experiencias puede consultarse en el sitio web de Transparencia internacional: www.transparency.org y en los casos de estudio facilitados por el Banco Mundial en su sitio web: <http://info.worldbank.org/etools/antic/CaseStudies.asp> (Consultados por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁷⁴ Véase Extractive Industry Transparency Initiative: <http://eiti.org> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁷⁵ Véase Construction Sector Transparency Initiative: : <http://www.constructiontransparency.org/> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

Estado, al sector privado y a la sociedad civil y combinan herramientas que se acercan a los estándares industriales, a la hora de fijar principios generales, y a los pactos de integridad, a la hora de implementarlos en cada país.

En Argentina, Poder Ciudadano (el capítulo argentino de Transparencia Internacional) ha realizado con éxito, el monitoreo del proceso licitatorio para la adjudicación de contratos de recolección de residuos en dos municipios de la Provincia de Buenos Aires – Morón y Esteban Echeverría – y en la Ciudad de Buenos Aires⁷⁷. Recientemente, el Centro de Gobernabilidad y Transparencia del IAE facilitó un acuerdo de transparencia entre cinco operadores del mercado de transporte de energía en Argentina.⁷⁸

Existen, por supuesto, muchas otras posibilidades de cooperación dentro del sector privado para aumentar el alcance del estándar internacional y, de ese modo, contribuir a la reducción de prácticas que lo contradicen.

6. Conclusiones

El trabajo abre en Argentina una línea de investigación en dirección a contribuir con la literatura que explora los efectos de las instituciones extranjeras e internacionales en las instituciones locales. Concretamente, los trabajos que exploran si el sistema global anticorrupción que se ha delineado en los últimos 15 años complementa, es indiferente o inhibe los esfuerzos para reducir la corrupción en los países en desarrollo.

Los programas de cumplimiento anticorrupción son, por supuesto, solo una pequeña parte del sistema global anticorrupción. Existen muchas otras instancias de interacción de las instituciones extranjeras e internacionales con las instituciones locales - sistemas de monitoreo de cumplimiento de obligaciones internacionales, programas de asistencia técnica, asistencia jurídica y administrativa internacional en casos concretos, redes de intercambio de información, adopción de estándares homogéneos, etcétera - en las cuales las primeras tienen el potencial de influenciar a las segundas.

En este sentido, Argentina es miembro de los tres tratados internacionales relativos a la reducción de la corrupción - Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de

⁷⁶ Véase Water Integrity Network: : www.waterintegritynetwork.net (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁷⁷ Véase el sitio web de Poder Ciudadano: www.poderciudadano.org.ar (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

⁷⁸ El acuerdo está disponible en: <http://centrotransparenciaiae.blogspot.com.ar/2012/06/abb-alstom-arteche-lago-electromecanica.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

las Naciones Unidas contra la Corrupción y Convención OECD contra el soborno transnacional - y, con absoluta independencia aquí sobre su implementación y cumplimiento⁷⁹, ha adoptado un sinnúmero de leyes y regulaciones dirigidos a su cumplimiento.

En relación a los programas de cumplimiento es notable que, en 2011, Argentina incorporó al ordenamiento penal un estándar de responsabilidad de las personas jurídicas que participen u obtengan beneficios de a través de la comisión de los tipos penales descritos en el Título XIII, “Delitos contra el orden económico y financiero”. En estos casos, el abanico de sanciones previsto⁸⁰ por el Congreso será graduado en cada caso concreto teniendo en cuenta, entre otros criterios, “*el incumplimiento de reglas y procedimientos internos*” y “*la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes*”⁸¹ [énfasis añadido]. Ambos criterios están claramente alineados en la dirección del estándar internacional y es altamente probable que el Congreso gradualmente extienda su aplicación a otros delitos, entre ellos, los cometidos contra la administración pública. Ello alineará los incentivos de los individuos que actúen en su nombre con los objetivos de reducir las instancias de soborno.

Aunque con muchísimo menos interés y dedicación que otros países de la región - Chile, Brasil, Colombia, Perú -, es alentador que la legislación argentina incorpore dentro de los incipientes proyectos sobre responsabilidad penal corporativa nociones que permitan que el sector privado pueda contribuir con la prevención de los delitos que frecuentemente ocurren en los mercados en los que operan. Sin embargo, para que estas ideas cumplan en la práctica los fines esperados, no alcanza con “amenazar” a las empresas con la aplicación de severas sanciones que, por otra parte, en nuestro país no suelen atribuirse de manera uniforme e indiscriminada. La legislación debe, además, generar incentivos suficientes para que las empresas puedan asumir decisiones económicas racionales.

El estudio de la implementación de los programas de cumplimiento de las subsidiarias de empresas multinacionales muestra que ello no es automático. Aunque las metodologías

⁷⁹ En relación con el estándar internacional delineado en este trabajo, la falta de implementación es absoluta: aunque Argentina ha criminalizado el soborno de funcionarios públicos extranjeros, no ha modificado los criterios jurisdiccionales que permitiría la persecución de este delito (CP, art. 1), ni adoptado estándares específicos que alcancen el estándar que exige la aplicación de sanciones proporcionadas y disuasorias a las personas jurídicas.

⁸⁰ Que incluye: multa de hasta diez veces el valor de los bienes objeto del delito, suspensión de hasta 10 años de actividades, suspensión de hasta 10 años para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad, pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere, publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

⁸¹ Código Penal, arts. 304 y 312.

utilizadas son insuficientes para realizar afirmaciones conclusivas, permiten esbozar la hipótesis sobre la existencia de programas, diseñados tanto local como internacionalmente, orientados exclusivamente a minimizar el costo regulatorio. Se trata de programas de cumplimiento meramente formales - “de papel” o “cosméticos” -, cuyas dinámicas se superponen y coexisten con las prácticas concretas que originan su creación. Por ello, no tienen vocación real de modificarlas más allá de lo que las apariencias requieren. En estos supuestos, los programas de cumplimiento, lejos de ser percibidos como vehículos para una transformación de la cultura organizacional, están orientados a que las prácticas de cumplimiento interfieran lo menos posible con las prácticas comerciales existentes. Este enfoque se identifica con programas que no toman en cuenta las características y riesgos locales, con inversiones relativamente modestas, con funcionarios a quienes la responsabilidad del programa de cumplimiento les es asignada como una función adicional a la que ya cumplen y cuya línea de reporte no alcanza, de ser necesario, a las máximas autoridades de la compañía. Estos programas, obviamente, no tienen el potencial de alinear los incentivos de los individuos que trabajan en las empresas que los implementan con los que persigue el estándar normativo.

Afortunadamente, el estudio muestra que una porción significativa de las empresas encuestadas, dirigen sus inversiones en cumplimiento anticorrupción a aumentar la reputación de la empresa y, al menos en apariencia, dan la impresión de que intentan capitalizar la inversión en cumplimiento como una ventaja competitiva. En estos supuestos, dichos programas están basados en un análisis de riesgo local; cuentan con oficiales de cumplimiento con o sin dedicación exclusiva, pero integrados a la alta gerencia local y con línea directa a la casa matriz; y entrenan a sus empleados en riesgos concretos de la o las industrias en las que participan. Posiblemente, en algunos casos se trate de empresas que han sido sancionadas en alguna jurisdicción o han sufrido problemas reputacionales serios y han decidido invertir en una buena reputación.

El estudio no permite inferir si la adopción de uno u otro tipo de programa de cumplimiento está ligada al sometimiento de las empresas a distintos regímenes normativos, pues no se observa ninguna correlación consistente entre el origen de las empresas o los mercados de valores en los cuales cotizan sus acciones y los elementos característicos de uno u otro tipo de programa de cumplimiento. Un nuevo estudio dirigido a buscar correlaciones de esta índole podrá ocuparse de responder dicha pregunta.

Finalmente, el alto porcentaje de empresas que afirmaron que “resistir” pedidos impropios es una estrategia exitosa para dejar de recibirlos sin que ello implique perder competitividad, es un resultado que creemos que también vale la pena explorar con mayor profundidad en el futuro. Si tal hipótesis fuera correcta, podría implicar que los programas de cumplimiento razonablemente estructurados tienen el potencial de complementar los esfuerzos locales para reducir la corrupción.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO

Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss

Julio César Rivera (h)♦

Resumen

De los principales fallos de la Corte Suprema argentina en materia de libertad de expresión se deriva una concepción muy limitada de este derecho, casi exclusivamente enfocada en un aspecto específico, que es el de la responsabilidad civil o penal, por difusión de informaciones falsas o juicios de valor hirientes u ofensivos respecto de funcionarios o figuras públicas. En cambio, la Corte Suprema no ha impuesto límite alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas en el discurso público.

En este contexto, el artículo analiza la concepción de la libertad de expresión de dos de los principales expertos de la academia estadounidense – Robert Post y Owen Fiss –, y su aplicación en una de las áreas más delicadas y controvertidas de este derecho: la difusión de expresiones de odio. El estudio crítico de las visiones opuestas de estos dos profesores estadounidenses apunta a obtener ciertas herramientas necesarias para analizar con mayor profundidad la validez constitucional de las normas que – en el derecho argentino – castigan la difusión de determinadas ideas u opiniones en el ámbito del discurso público.

♦ Abogado, Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Especializado en arbitraje comercial doméstico e internacional, litigios comerciales complejos, derecho de la insolvencia y derecho constitucional. Socio del estudio Julio César Rivera Abogados y Profesor de la Universidad de San Andrés, donde dicta los cursos de “Derechos y Libertades Constitucionales” y “Arbitraje”. En materia de derecho constitucional, el autor se especializa en litigio constitucional, derecho comparado y libertad de expresión; habiendo publicado dos libros y numerosos artículos sobre estas cuestiones.

1. Introducción

El estudio de la libertad de expresión en Argentina se ha centrado – principalmente – en los derechos de los medios masivos de comunicación y de los periodistas. La mayor parte de los trabajos sobre los alcances de este derecho tratan sobre la responsabilidad civil y penal por la difusión de informaciones falsas o juicios de valor hirientes u ofensivos respecto de funcionarios o figuras públicas, sobre censura previa o sobre publicidad oficial, pero no se encuentran demasiados estudios acerca de los límites constitucionales del poder del Estado para castigar la difusión de determinadas ideas consideradas como nocivas. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos – en donde la Corte Suprema ha otorgado una tutela constitucional extraordinaria a los individuos que promueven ideas provocadoras, ofensivas o discriminatorias¹–, la Corte Suprema argentina no ha impuesto límite alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas en el discurso público.

Por ello, me parece oportuno analizar la concepción de “libertad de expresión” de dos de los principales expertos de la academia estadounidense: Robert Post y Owen Fiss. Tomando como punto de partida la elaborada jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la tutela constitucional del discurso ideológico, estos dos académicos analizan detalladamente los alcances de la libertad de expresión en una de sus áreas más delicadas: las expresiones de odio. El estudio crítico de las visiones opuestas de estos dos profesores estadounidenses nos proporcionará – o al menos así lo espero – las herramientas necesarias para analizar con mayor profundidad la validez constitucional de las normas que – en el derecho argentino – castigan la difusión de determinadas ideas u opiniones.

2. La libertad de expresión y las expresiones de odio desde la perspectiva de Robert Post

Robert Post es uno de los académicos estadounidenses que más ha escrito sobre libertad de expresión.² En lo que se refiere específicamente a la cuestión de las expresiones de odio, Post

¹ Para un análisis de la jurisprudencia estadounidense en esta materia, véase Julio César Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), cap. I.

² Entre los trabajos más importantes de Post podemos mencionar, en orden cronológico, los siguientes: “Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum”, *UCLA Law Review* 34 (1987): 1713; “Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment”, *California Law Review* 76 (1988): 297; “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, *Harvard Law Review* 103 (1990): 601; “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review* 32 (1991): 267; “Meiklejohn’s Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse”, *University of Colorado Law Review* 64 (1993): 1109; “Recuperating First Amendment Doctrine”, *Stanford Law Review* 47 (1995): 1249; “Subsidized Speech”,

ha cuestionado los argumentos tradicionalmente ofrecidos para justificar el castigo de este tipo de expresiones en el discurso público. A los fines de analizar la postura de Post respecto a la tutela constitucional de las expresiones de odio, es necesario, previamente, comprender su sofisticada visión general de la libertad de expresión y la estrecha relación que esta tiene con una determinada concepción de la democracia. Por ello, en primer lugar, voy a explicar las notas fundamentales del enfoque de la libertad de expresión de Post para después ingresar en su análisis de las expresiones de odio en particular y las razones por las cuales considera que la difusión de este tipo de discurso goza de una fuerte tutela constitucional.

2.1) Libertad de expresión y democracia participativa

Post observa que la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos – que establece que el Congreso no hará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de imprenta – no tutela cualquier forma de expresión sino solamente aquella que promueve determinados valores constitucionales.³ Post rechaza una interpretación meramente textualista de la Primera Enmienda ya que entiende que si el término expresión fuera interpretado en su sentido ordinario, numerosas regulaciones quedarían sometidas a un escrutinio constitucional, tales como el derecho de los contratos.⁴

A los fines de comprender las implicancias de la postura de Post, es necesario tener presente una distinción realizada por Frederick Schauer que Post recoge en su interpretación de la

Yale Law Journal 106 (1996): 151; “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review* 95 (1997): 1517; “Community and the First Amendment”, *Arizona State Law Journal* 29 (1997): 473; “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *UCLA Law Review* 48 (2000): 1; “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, *California Law Review* 88 (2000): 2353; “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad” *Constellations* 14 (2007): 72; “Viewpoint Discrimination and Commercial Speech”, *Loyola of Los Angeles Law Review* 41 (2007-2008): 169; “Hate Speech”, en *Extreme Speech and Democracy*, eds. Ivan Hare y James Weinstein (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 123; “Participatory Democracy and Free Speech”, *Virginia Law Review* 97 (2011): 477; “Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply”, *Virginia Law Review* 97 (2011): 617.

Algunos de estos trabajos se encuentran traducidos al español y compilados en *El Estado frente a la Libertad de Expresión*, trads. y eds. Julio César Rivera (h) y Eduardo Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2011). También se encuentran traducidos al español “La igualdad y la autonomía en la jurisprudencia de la Primer Enmienda”, trad. María Belén Hofmann, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 10, 2 (2009), disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2957&id_item_menu=5858 (consultado por última vez 19/06/2012); “Religión y libertad de expresión: retratos de Mahoma”, trad. Yamilé Nadra, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 6 (2005), disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1574&id_item_menu=3555 (consultado por última vez 19/06/2012). Las traducciones que aparecen en este artículo se basan, en gran medida, en dichos trabajos.

³ Post, “Participatory Democracy...”, 478.

⁴ Post, “Participatory Democracy...”, 477.

Primera Enmienda.⁵ Schauer observa que, en materia de interpretación de derechos constitucionales, resulta necesario distinguir entre el ámbito de cobertura de un derecho determinado y la efectiva protección que ese derecho brinda respecto de ciertas conductas o actos.⁶ Según Schauer, esta distinción es importante porque una cosa es si un derecho resulta aplicable respecto de una acción o conducta determinada y otra es si ese derecho debe prevalecer en un caso concreto frente a otros intereses u otros derechos.⁷ Por ejemplo, las informaciones falsas relativas a un funcionario público están dentro del ámbito de cobertura de la libertad de expresión. Ello no significa, sin embargo, que esta clase de informaciones falsas se encuentren siempre tuteladas constitucionalmente, ya que si fueron difundidas con conocimiento de su falsedad o temerario desinterés acerca de si eran falsas o no, el emisor de dicha información puede ser condenado a resarcir los daños y perjuicios causados.⁸

En cambio, hay diversas clases de expresiones que ni siquiera se encuentran dentro del ámbito de cobertura de la libertad de expresión y que, por lo tanto, su eventual reglamentación no genera la aplicación de los estrictos estándares de revisión judicial característicos de dicho derecho constitucional.⁹ Entre estas clases de expresiones se encuentran – según Schauer – la comunicación de información verdadera entre dos empresas competidoras a los fines de fijar precios o la difusión de información errónea en un manual de instrucciones de una motosierra.¹⁰ Se trata cuestiones que a nadie se le ocurriría analizar de acuerdo con los estándares constitucionales de la libertad de expresión. Por ejemplo, si un laboratorio – en el marco de una demanda de daños y perjuicios, promovida por una persona que se intoxicó con un remedio debido a un error en la dosis recomendada en el prospecto – invocara la doctrina de la real malicia en su defensa, nuestra conclusión natural sería que este no es un caso en el que deban aplicarse los estándares de la libertad de expresión. La difusión de información falsa en un prospecto de un medicamento – a pesar de constituir una forma de comunicación – está fuera del área de cobertura de la libertad de expresión.

Ahora bien, si la libertad de expresión no puede ser interpretada en sentido gramatical, ¿cómo podemos determinar los límites de su ámbito de cobertura? La respuesta de Post es que la

⁵ Post, “Participatory Democracy...”, 478.

⁶ Véase Frederick Schauer, “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, 117 *Harvard Law Review* 1765 (2004), 1769.

⁷ Frederick Schauer, “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, *Vanderbilt Law Review* 34 (1981): 265; 276.

⁸ Este estándar constitucional es conocido – tanto en el derecho estadounidense como en el argentino – como doctrina de la real malicia.

⁹ Véase Schauer, “The Boundaries...”, 1769.

¹⁰ Véase Schauer, “The Boundaries...”, 1770-1771.

Primera Enmienda tutela aquellas expresiones que promueven el valor del autogobierno democrático lo que nos lleva, a su vez, a analizar su noción de democracia.

Post subraya que un sistema político no deviene democrático simplemente porque el gobierno realice elecciones de forma periódica.¹¹ La práctica del autogobierno exige que las personas tengan la convicción justificada de que están comprometidas en el proceso de gobernarse a sí mismas.¹² De esta manera, el autogobierno radica en la autoría de las decisiones y no en un procedimiento determinado de toma de las mismas.¹³

Post nos ofrece el siguiente ejemplo para comprender su concepción del autogobierno democrático. Imaginemos – nos dice – un Estado X en el que los ciudadanos sean provistos de computadoras interactivas que deben usar todas las mañanas para decidir acerca de un sinnúmero de cuestiones tales como el color de la ropa que deben utilizar, la comida que deben comer al mediodía y a la cena o si un determinado signo vial de “PARE” debe ser colocado en una intersección. En dicho Estado, los personas pueden acceder a través de su computadora a toda la información que consideren relevante para decidir su voto. Sin embargo, no hay diarios ni medios de comunicación audiovisuales y los partidos políticos y asociaciones se encuentran prohibidos. Las demostraciones públicas tampoco son permitidas y los individuos no pueden difundir sus ideas a otros ciudadanos. Según Post, si bien los ciudadanos del Estado X conservan su capacidad de decidir su propio destino como miembros de una colectividad, dicho Estado no puede ser caracterizado como una democracia porque los individuos se encuentran totalmente alienados de esas decisiones.¹⁴ Con cita de Rousseau, Post sostiene que la toma de decisiones colectivas es meramente opresiva salvo que exista alguna conexión interna entre la voluntad individual de cada ciudadano y la voluntad general de la colectividad.¹⁵ Los ciudadanos deben poder reconocer en esa voluntad general la potencialidad de su propia autoría.¹⁶

¿Cómo se produce en las sociedades actuales – caracterizadas por la diversidad y la heterogeneidad – esa mediación entre la voluntad individual y general? Post entiende que los individuos deben experimentar el proceso de toma de decisiones como sensible a sus propios

¹¹ Robert Post, “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 603 (2006): 24; 25.

¹² Post, “Democracy and Equality”, 26.

¹³ Post, “Democracy and Equality”, 26.

¹⁴ Post, “Democracy and Equality”, 26 y 27.

¹⁵ Post, “Democracy and Equality”, 27.

¹⁶ Post, “Democracy and Equality”, 27.

valores e ideas.¹⁷ Y esta es justamente – subraya Post – la teoría de la Primera Enmienda, que se basa en la idea de que si los ciudadanos son libres de participar en la formación de la opinión pública y si las decisiones del Estado responden a la opinión pública, los ciudadanos podrán percibir al gobierno como propio aunque tengan opiniones diferentes y estén en desacuerdo entre sí.¹⁸ Esto es lo que Post ha denominado el modelo participativo del autogobierno democrático.

En otras palabras, según Post, la democracia busca “reconciliar la autonomía individual con la autodeterminación colectiva por medio de la subordinación de la toma gubernamental de decisiones a procesos de comunicación adecuados para inculcar en los ciudadanos un sentido de participación, legitimidad e identificación”¹⁹. Este continuo proceso de comunicación a través del cual la opinión pública es formada, es lo que Post conoce como “discurso público”.²⁰ En este marco, la función esencial de la Primera Enmienda es proteger este proceso comunicativo definido como discurso público “de la interferencia de la mayoría de forma tal de asegurar a cada persona la posibilidad de participar libremente en la formación de la opinión pública”²¹.

2.2) Las características esenciales del ámbito del discurso público

Como he explicado hasta aquí, Post sostiene que la Primera Enmienda prevé un ámbito distintivo de expresión ciudadana llamado discurso público, que incluye todas “aquellas expresiones y actos de comunicación que son socialmente vistos como necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública”²².

Las expresiones que forman parte del corazón de la Primera Enmienda – desde la perspectiva de Post – no se limitan solamente al discurso político sino que también integran el ámbito del discurso público, el arte y otras expresiones no cognitivas o no políticas en la medida en que puedan ser concebidas como una forma de participar en el esfuerzo por cambiar la opinión pública.²³ De esta manera, la opinión pública resulta una categoría mucho más amplia que las

¹⁷ Post, “Democracy and Equality”, 27.

¹⁸ Post, “Democracy and Equality”, 27.

¹⁹ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1115.

²⁰ Post, “Democracy and Equality”, 28.

²¹ Post, “Racist Speech...”, 283.

²² Post, “Participatory Democracy...”, 483.

²³ Post, “Participatory Democracy...”, 486.

comunicaciones relativas a potenciales decisiones gubernamentales ya que “se refiere a lo que la sociedad generalmente cree y piensa”²⁴.

La delimitación del ámbito del discurso público no depende exclusivamente del contenido de la expresión sino también de su contexto. De esta manera, aun expresiones cuyo contenido se vincula claramente con el autogobierno democrático, pueden quedar excluidas del ámbito del discurso público en virtud de su forma de diseminación.²⁵ En efecto, la libertad de expresión tutela especialmente las expresiones comunicadas de forma pública, de forma tal que pueda interpretarse que el orador intenta participar del debate público.²⁶ Por ejemplo, una cosa es criticar a una figura pública en un medio masivo de comunicación y otra es insultarla mediante llamados telefónicos a las tres de la mañana.

Este ámbito del discurso público presenta dos características fundamentales:

En primer lugar, cada ciudadano que participa en el proceso de formación de la opinión pública debe ser tratado como una persona autónoma y autodeterminada.²⁷ Esto no es más que una consecuencia – señala Post – del principio de igualdad política de todos los ciudadanos que caracteriza al sistema democrático.²⁸ Por lo tanto, si el Estado prohibiera la difusión de una idea en particular, el gobierno devendría – respecto de las personas que profesan dicha idea – heterónimo y antidemocrático.²⁹ En efecto, si el Estado justifica la censura de una determinada idea en una determinada visión acerca de lo que es bueno o valioso, “se alza en contradicción con el proyecto central de la autodeterminación colectiva” y “[d]esplaza ese proyecto en aras de normas impuestas heterónomamente”³⁰. La lógica interna del autogobierno exige – según Post – que el debate acerca de lo que es legítimo o ilegítimo, valioso o disvalioso, se mantenga siempre abierto y no sea clausurado³¹. Por ello, Post entiende que uno de los principios fundamentales de la Primera Enmienda – según el cual los tribunales no deben distinguir entre ideas buenas o malas, ideas correctas o falsas e ideas

²⁴ Post, “Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: A Reply”, 621.

²⁵ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 679.

²⁶ Post analiza los factores que los tribunales estadounidenses han tenido en cuenta a los fines de analizar si la expresión ha sido realizada de forma “pública” en Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 675-678.

²⁷ Post, “Democracy and Equality”, 28.

²⁸ Post, “Participatory Democracy...”, 484.

²⁹ Post, “Racist Speech...”, 290.

³⁰ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1116.

³¹ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1116-1117.

beneficiosas o nocivas – se deriva directamente de la igualdad de estatus político de los ciudadanos.³²

En segundo lugar, la Primera Enmienda veda la imposición de estándares comunitarios que regulen la forma en que cada individuo debe expresar sus ideas.³³ En el ámbito del discurso público, el Estado no solamente debe ser neutral al nivel de las ideas sino que también debe mantenerse neutral en el “mercado de las comunidades”³⁴. Por consiguiente, las normas sociales de civilidad – que distinguen entre formas apropiadas e inapropiadas de comunicación – no pueden ser usadas para regular la expresión dentro del ámbito del discurso público porque siempre reflejan la visión de una comunidad en particular.³⁵ El debate público busca facilitar la comunicación entre personas de una amplia variedad de tradiciones y culturas, de manera tal que los individuos deben ser tolerantes y no silenciar la expresión debido a sus suposiciones preexistentes acerca de lo que es razonable o adecuado.³⁶ Como ha señalado la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el ámbito del discurso público “los principios de un hombre pueden parecer el error más absoluto para su vecino”³⁷ y “la vulgaridad de un hombre es la lírica de otro”³⁸.

A los fines de comprender con mayor claridad la concepción de Post de la Primera Enmienda como escudo constitucional frente a la imposición de normas comunitarias en el ámbito del discurso público, resulta conveniente analizar uno de los fallos más significativos de la Corte Suprema estadounidense en materia de libertad de expresión: *Hustler Magazine v. Falwell*³⁹. Como acertadamente observa Post, “sus antagonistas podrían haber sido seleccionados mediante un casting central para representar la tensión constitucional fundamental entre la autoexpresión anárquica y la virtud cívica estricta”⁴⁰. El demandante – Jerry Falwell – era un pastor evangelista líder de una organización política conocida como “*Moral Majority*” que buscaba imponer los valores morales tradicionales en la vida pública estadounidense y que combatía la industria pornográfica. *Hustler Magazine* era una conocida revista pornográfica cuyo editor – también demandado – era Larry Flint. El juicio se originó en una parodia de una publicidad de “Campari” publicada por *Hustler* que describía un encuentro sexual entre

³² Post, “Participatory Democracy...”, 484-485.

³³ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 638.

³⁴ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 632.

³⁵ Post, “Hate Speech”, 133.

³⁶ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 638.

³⁷ “*Cantwell v. Connecticut*”, 310 U.S. 296 (1940), 310.

³⁸ “*Cohen v. California*”, 403 U.S. 15 (1971), 25.

³⁹ “*Hustler Magazine v. Falwell*”, 485 U.S. 46 (1988).

⁴⁰ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 605.

Falwell y su madre en un retrete⁴¹. La demanda de resarcimiento promovida por Falwell se sustentaba en el *tort* de “*intentional infliction of emotional distress*” que establece la responsabilidad civil de todo aquel que realice conductas “ultrajantes” (“*outrageous*”) que causen un daño moral severo a una persona. La responsabilidad civil solo puede imponerse – de acuerdo con lo dispuesto por este *tort* – cuando se trata de actos que “van más allá de todo posible límite de decencia y que son considerados atroces e intolerables en una comunidad civilizada”⁴². La Corte Suprema estadounidense – en un fallo unánime – limitó sustancialmente la aplicación de este *tort* en el marco del discurso público al sostener que: “Las figuras públicas y los funcionarios públicos no pueden obtener una indemnización por daños y perjuicios por el *tort* de imposición intencional de daño emocional con motivo de publicaciones como la que está en cuestión aquí, sin probar, además, que la publicación contiene una declaración fáctica falsa que fue realizada con ‘real malicia’, es decir, con conocimiento de que la declaración era falsa o con temerario desinterés acerca de su veracidad o falsedad” [traducción propia]⁴³.

Según Post, la decisión de la Corte Suprema en *Falwell* debe ser interpretada como un rechazo al intento de imponer normas comunitarias en el ámbito del discurso público. En la medida en que el comportamiento ultrajante es aquel que ofende los estándares generalmente

⁴¹ Los avisos publicitarios de Campari se caracterizaban por presentar a figuras públicas contando su “primera vez” en relación a su primer trago de Campari, pero jugando con el doble sentido de la expresión, que podía hacer referencia también a su primera experiencia sexual. La parodia publicada por Hustler siguió el mismo formato de los anuncios de Campari, con una foto pensativa de Falwell, debajo de la cual se desarrollaba la siguiente “entrevista”:

FALWELL: Mi primera vez fue en un retrete en las afueras de Lynchburg, Virginia

ENTREVISTADOR: ¿No era un poco apretado?

FALWELL: No después de que eché a la cabra.

ENTREVISTADOR: Entiendo. Debe contármelo todo.

FALWELL: Nunca esperé hacerlo *realmente* con mi mamá, pero después de que le había hecho pasar tan buenos ratos a todos los chicos del pueblo, pensé, “¡Qué demonios!”

ENTREVISTADOR: ¿Pero tu mamá? ¿No es un poco raro?

FALWELL: No lo creo. Las apariencias no significan tanto para mí en una mujer.

ENTREVISTADOR: Continúe.

FALWELL: Bueno, en el momento nuestros culos temerosos de Dios estaban ebrios de Campari, cerveza de jengibre y soda –eso se llama un Fire and Brimstone-. Y mamá se veía mejor que una prostituta baptista con una donación de \$100.

ENTREVISTADOR: Campari, en el retrete con mamá... qué interesante. Y ¿cómo estuvo?

FALWELL: El Campari estuvo fenomenal, pero mamá se desmayó antes de que pudiera acabar.

ENTREVISTADOR: ¿Volvieron a tratar alguna vez?

FALWELL: Claro... muchas veces. Pero no en el retrete. Entre mamá y la mierda, las moscas eran demasiado difíciles de soportar.

ENTREVISTADOR: Nos referíamos al Campari.

FALWELL: Ah, sí. Siempre me emborracho antes de salir al púlpito. Ud. no piensa que podría afirmar todas esas tonterías estando sobrio, ¿o sí?

⁴² Restatement (Second) of Torts § 46 (1965).

⁴³ “Hustler Magazine v. Falwell”.

aceptados de decencia y moralidad, resulta constitucionalmente inadecuado como estándar de regulación del discurso público, porque “permitiría a una sola comunidad usar la autoridad del Estado para confinar la expresión dentro de sus propias nociones de decoro”⁴⁴.

De esta manera, la Corte Suprema estadounidense tutela constitucionalmente las expresiones contrarias a normas de racionalidad, respeto y tolerancia porque, en el discurso público, dichos estándares “son cuestiones potencialmente discutibles en sí mismas”⁴⁵. En este ámbito en el que se encuentra vedada la imposición de normas comunitarias, Larry Flynt puede ridiculizar y humillar a Falwell, un ciudadano puede quemar la bandera en un acto público a los fines de cuestionar la política del gobierno estadounidense⁴⁶ y una persona puede caminar por la vía pública con una remera que tiene la leyenda “*Fuck the draft*”⁴⁷.

2.3) Los límites del ámbito del discurso público

Post sostiene que el ámbito del discurso público – que refleja la preeminencia del valor del autogobierno democrático – debe ser distinguido de otros ámbitos – que denomina “comunidad” y “gestión” – que tienen su propia lógica interna y en los que predominan otros valores constitucionales.⁴⁸

El ámbito de gestión se caracteriza por la organización de los recursos del Estado a los fines de obtener objetivos específicos.⁴⁹ El valor constitucional preponderante en este ámbito es el de racionalidad instrumental que es un valor que no concibe a la persona como un agente autónomo sino como medio para alcanzar un determinado fin.⁵⁰ En este dominio de gestión, el Estado se encuentra facultado para regular la expresión a fin de poder alcanzar sus objetivos gubernamentales explícitos.⁵¹

⁴⁴ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 632.

⁴⁵ Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1118.

⁴⁶ Véase “Texas v. Johnson”, 491 U.S. 397 (1989) (declarando que la quema de una bandera estadounidense era una actividad protegida por la Primera Enmienda).

⁴⁷ Véase “Cohen v. California”, (revocando una sentencia de un tribunal de California que había condenado a una persona por alterar la paz pública por caminar por los corredores de los tribunales de Los Ángeles con una campera que decía “*Fuck the draft*”).

⁴⁸ Robert Post, *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1995), 2.

⁴⁹ Post, “Subsidized Speech”, 164.

⁵⁰ Post, “Subsidized Speech”, 164.

⁵¹ Post, “Subsidized Speech”, 164.

En estos casos – afirma Post – la cuestión constitucional consiste en si la regulación de la libertad de expresión resulta necesaria para realizar objetivos institucionales legítimos.⁵² Por consiguiente, el Estado puede regular la expresión en el ámbito judicial, educativo o militar a los fines de alcanzar los objetivos que caracterizan a dichas instituciones.⁵³ Por ejemplo, las autoridades militares podrían establecer un castigo disciplinario a un oficial que cuestionara el principio de control civil de las fuerzas armadas.⁵⁴ De la misma manera, las autoridades del servicio penitenciario podrían sancionar a un guardia que pregonara el uso de estupefacientes entre las personas detenidas.⁵⁵ El principio cardinal de la Primera Enmienda según el cual el Estado no puede castigar una determinada expresión sobre la base de su punto de vista tiene una aplicación muchísimo más limitada en los ámbitos de gestión.

La nota esencial del ámbito de la comunidad consiste en el mantenimiento del orden social a través de la inculcación de normas en las identidades propias de sus miembros.⁵⁶ Por “normas”, Post entiende “las actitudes de grupo que tenemos incorporadas y que forman los cimientos y la posibilidad de que exista nuestro Yo”⁵⁷. Estas normas – subraya Post – “no son meramente inculcadas durante el proceso primario de socialización dentro de la familia, sino que son reforzadas continuamente por medio de distintas formas de interacción social”⁵⁸. Sin embargo, como estas normas se encuentran siempre en un proceso evolutivo, la sociedad tiene instituciones, como las escuelas y el derecho, que persiguen la imposición y estabilización de estas normas sociales.⁵⁹ Entre las normas jurídicas que buscan imponer normas comunitarias, Post destaca el rol de los *torts* de difamación, de invasión a la privacidad y de imposición intencional de daño emocional en cuanto castigan expresiones consideradas como intolerables en una comunidad civilizada.⁶⁰ Según Post, estos *torts* “no solo proporciona[n] un remedio a aquellos cuyas personalidades han sido amenazadas por un comportamiento que viola reglas de civilidad, sino que también cumple[n] en resguardar aquellos ‘estándares generalmente aceptados de decencia y moralidad’, que definen para nosotros el significado de la vida en una ‘comunidad civilizada’”⁶¹. De esta manera, en este ámbito – a diferencia de lo que sucede en

⁵² Post, “Between Government...”, 1771.

⁵³ Post, “Subsidized Speech”, 1771.

⁵⁴ Post, “Subsidized Speech”, 1771.

⁵⁵ Post, “Subsidized Speech”, 1771.

⁵⁶ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 645.

⁵⁷ Post, “Hate Speech”, 128.

⁵⁸ Post, “Hate Speech”, 129.

⁵⁹ Post, “Hate Speech”, 129.

⁶⁰ Post, *Constitutional Domains...*, 183-184.

⁶¹ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 624.

el ámbito del discurso público –, la expresión se encuentra subordinada a nociones comunitarias de decoro y decencia.

Cada uno de estos ámbitos – observa Post – “encarna un objetivo social diferente que requiere para su cumplimiento una especie distinta de lógica y coherencia”⁶² y, por ello, están “en tensión entre sí en aspectos significativos”⁶³. Sin embargo, cada uno de estos ámbitos depende de los otros dos en formas que son esenciales y fundamentales.⁶⁴ De esta manera, según Post, estos tres ámbitos son simultáneamente complementarios y contradictorios.⁶⁵

La delimitación de cada uno de estos tres ámbitos – explica Post – depende de factores culturales e históricos de cada país.⁶⁶ En Estados Unidos, el rechazo a la imposición de estándares comunitarios en el ámbito del dominio público se ha visto influenciado por el individualismo característico de la sociedad estadounidense.⁶⁷

2.4) Libertad de expresión y expresiones de odio en el ámbito del discurso público

Habiendo analizado la concepción de la libertad de expresión de Post y su relación con el sistema democrático, paso ahora a explicar su enfoque respecto del alcance de la tutela constitucional de las expresiones de odio en el discurso público. Es importante tener presente – en función de lo desarrollado en el punto anterior – lo que esto implica. Muchos de los estudios o decisiones judiciales sobre esta materia no distinguen adecuadamente entre expresiones de odio realizadas en el ámbito del discurso público de expresiones de odio exteriorizadas en ámbitos de gestión o de comunidad en los que el Estado goza de un mayor margen para restringir la libertad de expresión.

Como ya se ha visto en el apartado anterior, Post sostiene que uno de los principios básicos de la libertad de expresión – que se deriva de la igualdad de estatus político de los ciudadanos – consiste en que el Estado, al reglamentar dicha libertad, no debe distinguir entre ideas buenas o malas, correctas o falsas o beneficiosas o nocivas. Por lo tanto, el Estado no puede castigar la difusión de expresiones de odio simplemente porque las considere manifiestamente

⁶² Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶³ Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶⁴ Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶⁵ Post, *Constitutional Domains...*, 2.

⁶⁶ Post, *Constitutional Domains...*, 9.

⁶⁷ Post, *Constitutional Domains...*, 9-10.

incorrectas.⁶⁸ Desde este punto de vista, la concepción de la libertad de expresión de Post – y de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en general – es manifiestamente antipaternalista, en la medida en que el Estado no puede suplantar el juicio de cada persona respecto a la veracidad, falsedad, bondad o maldad de las ideas que circulan.⁶⁹

Post afirma que los sistemas legales que criminalizan la difusión de expresiones de odio en el discurso público se enfrentan con el siguiente problema: ¿cómo distinguir entre el odio y el desagrado o desacuerdo ordinario que constituye “la sangre que da vida a la política”⁷⁰? Post se pregunta, por ejemplo, si las expresiones que atacan el fundamentalismo islámico por su homofobia u opresión a las mujeres, o los cuestionamientos a la Iglesia Católica por sus curas pedófilos o su posición contra el aborto constituyen expresiones de odio o crítica.⁷¹

En este sentido, Post observa que “casi todas las reglamentaciones de las expresiones de odio definen a esta clase de expresiones tanto en términos de expresiones de desagrado o aborrecimiento como en términos de algún elemento adicional pensado para identificar la presencia única de odio extremo y justificar, así, la intervención legal”⁷². Este elemento adicional – señala Post – puede consistir en el modo en que fue manifestada la expresión o en la probabilidad de que esta cause un daño (como la violencia o la discriminación).⁷³ En ambos casos, Post entiende que estas normas que castigan las expresiones de odio presentan problemas constitucionales – tal como se desarrolla a continuación – desde la perspectiva estadounidense de la libertad de expresión.

2.4) a. Las leyes que castigan las expresiones de odio en función del modo o forma de expresión

Dentro de esta primera categoría de reglamentaciones de las expresiones de odio – que se caracterizan por su énfasis en el modo o estilo de presentación –, Post destaca las normas que

⁶⁸ Post, “Racist Speech...”, 291.

⁶⁹ Como señaló el *Justice* Jackson “cada persona debe ser su propio guardián de la veracidad porque nuestros antepasados no confiaron en el gobierno para separar lo verdadero de lo falso para nosotros”. Véase “Thomas v. Collins”, 323 U.S. 516 (1945), 545. En sentido coincidente, en Argentina, el juez Petracchi afirmó que “[s]ólo 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”. Véase CSJN, “Comunidad Homosexual Argentina”, *Fallos* 314:1531 (1991), considerando n° 19 de la disidencia del juez Petracchi.

⁷⁰ Post, “Hate Speech”, 125.

⁷¹ Post, “Hate Speech”, 126.

⁷² Post, “Hate Speech”, 127.

⁷³ Post, “Hate Speech”, 127.

castigan las expresiones insultantes u ofensivas respecto de una determinada religión. Esta clase de leyes son muy comunes en Europa⁷⁴ y la Corte Europea de Derechos Humanos ha concluido que no resultan, en principio, incompatibles con la libertad de expresión reconocida en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En efecto, este tribunal ha sostenido que “el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención engendra deberes y responsabilidades, entre las cuales se encuentra la obligación de evitar el uso de expresiones que son gratuitamente ofensivas para otras personas y que no contribuyen a ninguna forma de debate público”⁷⁵.

Como señala Post, este “concepto de ofensa gratuita se refiere más al estilo del discurso que a su substancia”. En otras palabras, tanto la legislación como la jurisprudencia europea tratan de distinguir entre expresiones críticas que meramente manifiestan desacuerdo y expresiones insultantes o degradantes. Ahora bien, dicha distinción – advierte Post – no puede ser realizada sobre la base de las creencias de los diferentes grupos religiosos ya que si el sistema jurídico permite a estos grupos definir los temas admisibles o inadmisibles para la discusión pública, “la esfera pública podría encogerse de manera incompatible con la democracia”⁷⁶. La preocupación de Post es muy razonable. Si el carácter ultrajante o insultante de una

⁷⁴ Post menciona, por ejemplo, el art. 140 del Código Penal de Dinamarca que castiga a toda persona que ridiculice o insulte en público los dogmas o cultos de cualquier comunidad religiosa constituida legalmente. En este mismo sentido, véase el artículo 525 del Código Penal de España (sanciona a los que para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, han públicamente, por palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias o vejen, también públicamente, a quienes lo profesen o practican) y el artículo 188 del Código Penal de Austria (reprime a todo aquél que degrada o insulta a una persona o a un objeto que es venerado en una iglesia o en una comunidad religiosa establecida en el país, o un dogma, una costumbre lícita o una institución lícita de esa iglesia o de esa comunidad).

En Argentina, si bien no hay una ley que reprima penalmente las expresiones insultantes respecto de los dogmas o cultos reconocidos en el país, es necesario mencionar que la Corte Suprema –en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*– sostuvo que “el derecho de toda persona a profesar libremente su culto reconocido en el art. 14 de la Constitución tutela los sentimientos religiosos de los individuos ante la injuria, burla o ridiculización de las personas, símbolos o dogmas que nutren una determinada religión. Véase CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos* 315:1492 (1992). La Corte fundamentó su conclusión, entre otros argumentos, con una cita de una decisión de la *House of Lords* relativa al delito de blasfemia entonces vigente en el Reino Unido en la que dicho tribunal afirmó que “no es blasfemar hablar o publicar opiniones hostiles a la religión cristiana, o negar la existencia de Dios, si la publicación es expresada en un lenguaje decente y temperado. El test a ser aplicado se vincula a la manera en la cual la doctrina es sostenida y no a la sustancia de la doctrina en sí misma” (“Ekmekdjian c/ Sofovich”, cit., consid. n° 27 del voto de la mayoría). Como puede observarse, la Corte Suprema argentina parece considerar relevante la forma o estilo del discurso a los fines de evaluar los alcances de su tutela constitucional. En este mismo sentido, en materia de derecho de crítica a funcionarios y figuras públicas, dos jueces de la Corte Suprema han sostenido que “la Constitución Nacional no consagra el derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada”, véase CSJN, “Amarilla, Juan H.”, *Fallos*: 321:2558 (1998), considerando n° 13 del voto de los Jueces Petracchi y Bossert.

⁷⁵ E.C.H.R., “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”, (1992), § 49. Para un mayor desarrollo de este fallo y de la jurisprudencia de la Corte Europea sobre esta cuestión, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 111-115.

⁷⁶ Post, “Religion ...”, 81.

determinada expresión se juzgara en función de las sensibilidades de un grupo religioso determinado, bien podría suceder que – para dicho grupo – cualquier expresión crítica de sus dogmas o de sus líderes religiosos fuera percibida como ofensiva y el Estado se encontraría obligado a reprimirla.

Por lo tanto, la distinción mencionada tiene que estar sustentada en estándares seculares de civilidad universalmente aplicables.⁷⁷ Sin embargo – advierte Post – estas normas de civilidad “de hecho expresan las tradiciones de los grupos dominantes”⁷⁸. En efecto, no hay ninguna razón para presuponer que todos los grupos religiosos comparten la idea de que es legítimo expresar el desacuerdo religioso en términos sobrios y racionales. Y “aun si grupos diversos comparten algunas nociones básicas de respeto y tolerancia, el significado definitivo de estos valores será interpretado uniforme y autoritariamente por las instituciones del derecho y, por lo tanto, fracasará en reflejar los diversos significados que estos valores tendrán para distintos grupos en una sociedad heterogénea”⁷⁹.

Como expliqué en el apartado anterior, de acuerdo con la visión de Post, la imposición de normas de civilidad – que distinguen entre formas apropiadas e inapropiadas de comunicación – en el ámbito del discurso público es particularmente problemática porque estas normas siempre reflejan la visión de una comunidad en particular. Según Post, la libertad de expresión demanda que el Estado sea neutral no solamente al nivel de las ideas sino también “respecto a las comunidades que compiten para controlar el derecho mediante la imposición de su forma particular de distinguir entre decencia e indecencia, crítica y odio”⁸⁰. Post ilustra esta afirmación con la cita de uno de fallos más importantes de la Corte Suprema estadounidense en materia de libertad de expresión: “En el ámbito de la fe religiosa y en el de las convicciones políticas, surgen diferencias muy marcadas. En ambos ámbitos, los principios de un hombre pueden parecer el error más absoluto para su vecino. Para convencer a los otros de su propio punto de vista, el peticionante, como sabemos, a veces recurre a la exageración, al vilipendio de quienes han sido o son hombres prominentes del Estado o la Iglesia, y, aun, a declaraciones falsas. Pero el pueblo de esta nación ha dispuesto a la luz de la historia que, a pesar de la probabilidad de que se cometan excesos y abusos, estas libertades son, a largo plazo, esenciales para iluminar la opinión y la conducta recta de los ciudadanos de una democracia. La característica esencial de estas libertades es que, bajo su escudo, varios

⁷⁷ Post, “Religion ...”, 81.

⁷⁸ Post, “Religion ...”, 81.

⁷⁹ Post, “Cultural Heterogeneity...”, 314.

⁸⁰ Post, “Hate Speech”, 133.

tipos de vida, personalidad, opinión y convicción pueden desarrollarse sin obstrucciones ni molestias. En ninguna otra parte es más necesario este escudo que en nuestro propio país, para un pueblo formado por muchas razas y credos.”⁸¹

Por consiguiente, Post entiende que – desde la perspectiva estadounidense – las normas sociales de civilidad no pueden ser utilizadas para reglamentar la libertad de expresión en el discurso público. Así como la noción de ultrajante del caso *Falwell* resulta constitucionalmente inadecuada como estándar de regulación de las expresiones dirigidas contra una figura pública en el ámbito del discurso público, tampoco puede ser utilizada para reglamentar las expresiones dirigidas contra grupos determinados. Según Post, las sociedades democráticas incluyen “grupos que se desagradan y aun que se detestan entre sí, a veces por razones religiosas”⁸².

2.4) b. Las leyes que castigan las expresiones de odio en función del daño que causa su difusión

Post destaca que hay una segunda clase de leyes que sancionan las expresiones de odio con sustento en el daño que genera su difusión. Post cita, como ejemplo, el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸³ y el art. 130.1 del Código Penal de Alemania⁸⁴. También podrían mencionarse, en esta misma línea, el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵, el art. 1 del Código Penal de España⁸⁶, el art. 24 de la Ley francesa del 29 de julio de 1881⁸⁷, el art. 161 bis del Código Penal de Suiza⁸⁸, el

⁸¹ “*Cantwell v. Connecticut*” 310 U.S. 296 (1940), 310.

⁸² Post, “*Religion ...*”, 80.

⁸³ Castiga las expresiones que “inciten al odio contra partes de la población” de modo que sea probable que perturben el orden público.

⁸⁴ Establece que estará prohibida por ley “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia”.

⁸⁵ Prohíbe “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o la violencia”.

⁸⁶ Dispone que “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

⁸⁷ Sanciona la “provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o grupo de personas a causa de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada”.

⁸⁸ Castiga la incitación pública al odio o la discriminación contra un grupo de personas en virtud de su pertenencia racial, étnica o religiosa.

art. 1 de la Ley belga del 30 de julio de 1981⁸⁹ y el art. 3 de la Ley Antidiscriminatoria argentina (Ley 23.592)⁹⁰.

En lo que concierne a esta clase de leyes, Post identifica dos diferencias importantes entre el enfoque estadounidense y el del resto de los países mencionados. En primer lugar, Post explica que, en el sistema constitucional estadounidense, no puede castigarse una determinada expresión con el mero fundamento de que dicha expresión podría tender a causar un daño futuro.⁹¹ Desde la perspectiva estadounidense, debe existir una estricta relación de causalidad muy ajustada entre los daños empíricos invocados por el Estado y la expresión castigada.⁹² Por ejemplo, en materia de incitación a la violencia, la Corte Suprema estadounidense sostuvo en el caso *Brandenburg v. Ohio* que el Estado no podía prohibir la prédica del uso de la fuerza o la violación de la ley excepto cuando “tal prédica estuviere dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción”⁹³ [traducción propia]. Las exigencias de que “la prédica de la acción violenta esté dirigida a producir una acción ilícita inminente” y de que sea idónea “para producir tal acción” permiten una evaluación mucho más objetiva de la relación de causalidad entre la expresión y el daño que se busca evitar.⁹⁴

En cambio, en la mayoría de los demás países, Post observa que las expresiones que causan un daño pueden ser castigadas aun cuando la relación causal está demasiado atenuada para pasar la revisión constitucional en Estados Unidos. En otras palabras, los sistemas legales que reprimen las expresiones de odio por su tendencia a causar actos de violencia y a la discriminación no exigen una estricta relación de causalidad entre la expresión y el daño.

En segundo lugar, Post destaca que, en su funcionamiento real, las leyes que reprimen las expresiones de odio por su tendencia a causar efectos dañinos como la discriminación o la

⁸⁹ Penaliza la incitación pública a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o un grupo de personas, una comunidad o sus miembros a causa de su raza, color, ascendencia o de su origen nacional o étnico.

⁹⁰ Dispone que “serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa y quienes por cualquier medio alentaren o incitaran a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

⁹¹ Post, “Hate Speech”, 134.

⁹² Post, “Hate Speech”, 134.

⁹³ “*Brandenburg v. Ohio*”, 395 U.S. 444 (1969), 447. Para un mayor desarrollo acerca de la doctrina del caso *Brandenburg v. Ohio* y su aplicación en materia de expresiones de odio en el sistema constitucional estadounidense, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 26-29.

⁹⁴ Véase Frederick M. Lawrence, “Violence-Conductive Speech: Punishable Verbal Assault or Protected Political Speech?”, en *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, eds. David Kretzmer y Francine Kershman Hazan (La Haya: Kluwer Law International, 2000), 23.

violencia, solo alcanzan a un subgrupo de dicha categoría de expresiones.⁹⁵ Según Post, “si tuviéramos realmente la intención de prohibir las expresiones susceptibles de causar violencia racial, étnica o nacional, proscibiríamos mucho más que lo que actualmente está clasificado como expresiones de odio”⁹⁶ y “vedaríamos todas las formas de cine, novelas y entretenimiento popular”⁹⁷ [traducciones propias]. El hecho de que las normas penales que sancionan las expresiones de odio no tengan ese alcance sugiere – a juicio de Post – que dichas normas buscan “esencialmente reprimir expresiones que transgreden normas de civilidad”⁹⁸ [traducción propia] y que, en realidad, al igual que lo que sucedía respecto de las normas reglamentarias descriptas en el apartado anterior, “estamos utilizando el Derecho para imponer normas de decencia en áreas sensibles como la raza, la nacionalidad y la etnia”⁹⁹ [traducción propia].

2.5) La relevancia de la visión de la libertad de expresión de Robert Post para la interpretación del derecho argentino

La sofisticada interpretación de la libertad de expresión de Post tiene muchos puntos interesantes que pueden ser tenidos en cuenta para interpretar los alcances de este derecho en el sistema constitucional argentino.

En primer lugar, debe destacarse su rechazo a toda posibilidad de interpretar los alcances de la libertad de expresión en sentido puramente gramatical.¹⁰⁰ Este punto es fundamental para la interpretación del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto dispone que la libertad de pensamiento y de expresión “comprende libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Una interpretación gramatical y literal de esta disposición llevaría a resultados absurdos tales como someter a los estrictos estándares de libertad de expresión a normas tales como el art. 2º inc. 1º de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia en cuanto prohíbe el intercambio de información a los fines de fijar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios¹⁰¹, el art. 7º del Decreto 677/01

⁹⁵ Post, “Hate Speech”, 134.

⁹⁶ Post, “Hate Speech”, 136.

⁹⁷ Post, “Hate Speech”, 136.

⁹⁸ Post, “Hate Speech”, 136.

⁹⁹ Post, “Hate Speech”, 136.

¹⁰⁰ Véase lo explicado en el apartado 2.1 de este artículo.

¹⁰¹ Este artículo considera como práctica restrictiva de la competencia “fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, *así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto*” [énfasis añadido].

que establece el deber de reserva de ciertos individuos y funcionarios públicos respecto de hechos susceptibles de afectar la colocación de valores negociables¹⁰² o el art. 208 del Código Penal que reprime el ejercicio ilegal de la medicina¹⁰³.

Como puede observarse, las normas mencionadas restringen o prohíben la difusión de determinada clase de información. Una interpretación gramatical no finalista del art. 13 de la Convención Americana nos llevaría inexorablemente a someter a estas normas a los estándares de libertad de expresión. En realidad, se trata de casos que, en principio, ni siquiera están en el área de cobertura de este derecho porque dicha información no tiene vínculo alguno con el autogobierno colectivo.

Los alcances de la libertad de expresión deben ser interpretados en función de los fines perseguidos mediante el reconocimiento de este derecho.¹⁰⁴ En este mismo sentido, la Corte Suprema argentina ha expresado que los derechos constitucionales “deben operar según las leyes que reglamenten su ejercicio, *atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen*”¹⁰⁵ [énfasis añadido].

Ahora bien, ¿cuáles son estos fines según Post? La promoción del valor del autogobierno democrático. Esta concepción de Post – como he explicado – implica reconocer una tutela

¹⁰² Esta disposición prescribe que “los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes y profesionales intervinientes de cualquier entidad autorizada a la oferta pública de valores negociables o persona que haga una oferta pública de adquisición o canje de valores respecto de una entidad autorizada a la oferta pública y agentes e intermediarios en la oferta pública, incluidos los fiduciarios financieros y los gerentes y depositarios de fondos comunes de inversión y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o actividad, tenga información acerca de un hecho aún no divulgado públicamente y que, por su importancia, sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables con oferta pública autorizada o con contratos a término, de futuros y opciones, deberán guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto dicha información tenga carácter público. Igual reserva deberán guardar los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de las sociedades calificadoras de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la Comisión Nacional de Valores, entidades autorreguladas y cajas de valores y cualquier otra persona que, en razón de sus tareas, tenga acceso a similar información. El deber de reserva se extiende a todas aquellas personas que, por relación temporaria o accidental con la sociedad o con los sujetos precedentemente mencionados, pudieran haber accedido a la información allí descrita y, asimismo, a los subordinados y terceros que, por la naturaleza de sus funciones, hubieren tenido acceso a la información”.

¹⁰³ Esta norma reprime con prisión de 15 días a 1 año al que: 1) sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aún a título gratuito; 2) con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles; 3) con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo.

¹⁰⁴ Post, “Community and the First Amendment”, 78.

¹⁰⁵ CSJN, “Schoklender, Sergio Mauricio s/ causa n° 19.889”, *Fallos* 311:1438 (1988), considerando n° 6. En este mismo sentido, véase CSJN, “S., V. c/ M., D. A.”, *Fallos* 324:975 (2001), considerando n° 7 del voto de los jueces Moliné O’Connor y López (“constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas”).

constitucional especial a las expresiones y actos de comunicación que son necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública. Entre esas expresiones que merecen una fuerte tutela constitucional – por su estrecha vinculación con la formación de la opinión pública – se encuentra el discurso político ideológico. Como observa Post, de la noción de igualdad política de todos los ciudadanos se deriva uno de los principios fundamentales de la libertad de expresión, según el cual el Estado no debe distinguir entre ideas buenas y malas, correctas o falsas, o beneficiosas y nocivas. En sentido similar, Dworkin ha expresado que el principio de igualdad exige que todas las personas, sin importar cuán excéntricas o despreciables sean, deben tener la posibilidad de influir en las políticas públicas, en las elecciones y en el medio ambiente moral en que viven.¹⁰⁶

Desde esta perspectiva, el balance de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina es, en general, muy deficitario. Mientras que en los últimos treinta años, nuestro máximo tribunal ha desarrollado un fuerte marco de protección constitucional para la actividad informativa de interés público¹⁰⁷, ha omitido casi por completo el análisis de la tutela constitucional de la difusión de ideas políticas, limitándose a señalar que “... si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ellas [...] se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del [E]stado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa...”¹⁰⁸. En este marco, no puede sorprender entonces la existencia de fallos que revelan una concepción muy limitada de la libertad de expresión en materia de difusión de ideas, tales como *Ekmedjian c/ Sofovich*¹⁰⁹, – en el que la Corte sostuvo que el derecho de toda persona a profesar libremente su culto reconocido en el art. 14 de la Constitución tutela los sentimientos religiosos de los individuos ante la injuria, burla o ridiculización de las personas, símbolos o

¹⁰⁶ Véase Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), 237.

¹⁰⁷ La Corte Suprema ha sostenido que la tutela constitucional de la libertad de prensa no puede limitarse a las afirmaciones verdaderas. La Corte entiende que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre y que resulta necesario otorgar a los medios de prensa algún margen de protección frente al error, a los fines de evitar la autocensura. Véase CSJN, “Ramos, Juan J. c/ LR3 Radio Belgrano y otros”, *Fallos* 319:3428 (1996), considerando n° 10 del voto de la mayoría. Por lo tanto, la Corte Suprema ha desarrollado dos doctrinas constitucionales (la doctrina “Campillay” y la doctrina de la “real malicia”) cuya finalidad es eximir de responsabilidad a los medios de prensa por la difusión de noticias inexactas cuando su conducta se ajusta a determinadas pautas.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, “Ekmedjian c/ Sofovich”, considerando n° 12; CSJN, “Locche, Nicolino c/ Míguez, Daniel A. y otros”, *Fallos* 321:2250 (1998), considerando n° 11.

¹⁰⁹ Para un análisis crítico de esta decisión, véase Julio César Rivera (h), “Libertad de expresión y libertad religiosa”, en *La Constitución en 2020*, coord. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011), 216.

dogmas que nutren una determinada religión – o *Partido Nuevo Triunfo*¹¹⁰ – en el que nuestro máximo tribunal rechazó el pedido de reconocimiento de la personería jurídico-política de la Agrupación Nuevo Triunfo con el argumento de que promovía ideas discriminatorias, sin analizar siquiera superficialmente las significativas y evidentes cuestiones de libertad de expresión presentes en el caso. Tampoco puede sorprender la existencia de normas penales excesivamente amplias – como las que castigan la apología del delito¹¹¹, la incitación a la violencia colectiva¹¹², el ultraje a los símbolos patrios¹¹³, o la incitación al odio¹¹⁴ – susceptibles de ser utilizadas para reprimir diversas formas de discursos político-ideológicos¹¹⁵. O de normas mucho más recientes como el art. 70 de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual¹¹⁶ o el art. 6 inc. f) de la Ley 26.485 (Ley Nacional

¹¹⁰ Véase CSJN, “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Capital Federal”, *Fallos* 332:433 (2009).

¹¹¹ Véase el art 213 Código Penal (“Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”).

¹¹² Véase el art. 212 del Código Penal (“Será reprimido con prisión de tres a seis años, el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación”).

¹¹³ Véase el art. 222 del Código Penal (“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la Bandera, el Escudo o el Himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina”).

¹¹⁴ Véase el art. 3º de la Ley 23.592 (“Será reprimido con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”).

¹¹⁵ Para un estudio crítico de las normas penales que reprimen las expresiones susceptibles de alterar el orden público, véase Héctor Mario Magariños, “Delito y Libertad de Expresión”, *Doctrina Penal*, 43 (1988): 461; Julio César Rivera (h), “La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en el derecho argentino”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruna*, 10 (2006) : 949-962; y Gonzalo C. Salama Rietti, “Instigación pública a cometer delitos ¿Atentado a la libertad de expresión”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 6, 10 (2000): 287. Con relación a este tipo de delitos contra el orden público, debe destacarse que algunos tribunales penales inferiores han adoptado una interpretación de la libertad de expresión más robusta que la de la Corte Suprema. Por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal adoptó, en materia de expresiones subversivas, el estándar del caso *Brandenburg v. Ohio*; CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Ortiz, Sergio”, 8/7/1994, disponible en *La Ley* 1995-D-524. Al interpretar los alcances del delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 Código Penal), la Cámara señaló que “no cabe atribuir la categoría de incitación a la mera afirmación de la supuesta bondad de actitudes de contenido violento, sino que las garantías constitucionales que se hallan en juego obligan a extremar las exigencias relativas a la precisión de las conductas que deben quedar atrapadas en esa norma” (“Ortiz”, 525). La Cámara interpretó que “[n]o puede considerarse incitación a aquello que bien puede calificarse de un vaticinio, profecía, afirmación, o aun una justificación cuando estas carecen de la cualidad de impulsar a la realización de acciones concretas...” (“Ortiz”, 526). La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó esta interpretación en un caso más reciente (CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, 27/4/2006).

En lo que respecta a los problemas constitucionales que plantea la Ley Antidiscriminatoria, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, cap. VI.

¹¹⁶ Dispone que “la programación de los servicios previstos en esta ley deberá evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a

de Violencia contra las Mujeres)¹¹⁷ que lleva a fallos disparatados como el dictado por un tribunal civil de primera instancia que condenó a un medio de prensa a publicar una rectificación de una nota sobre las mujeres que reciben asistencia del estado con el argumento de que dicha nota difundía una imagen estereotipada de la mujer que atentaba contra su libertad reproductiva¹¹⁸. La concepción de la libertad de expresión de Post debe servirnos para reevaluar críticamente las restricciones que se imponen en Argentina a la libre difusión de ideas.¹¹⁹ En nuestro sistema constitucional, se acepta con demasiada facilidad el castigo del discurso ideológico-político, a pesar de las implicancias que ello tiene desde el punto de vista de la legitimidad democrática y de la existencia de normas de jerarquía constitucional – como el art. 13 inc. 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos – que limitan sustancialmente el poder del Estado en esta área.¹²⁰

comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes”.

¹¹⁷ Esta norma define como “violencia mediática” contra las mujeres “aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres”.

¹¹⁸ Véase Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 20, “Conti, Diana y otro c/ Diario Clarín s/ amparo”, 8/3/2012. La concepción del tribunal acerca de la libertad de expresión es tan pobre que ni siquiera se molesta en analizar los alcances de las normas aplicables, tales como el art. 13 inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que ostenta una jerarquía normativa superior a la Ley 26.485.

¹¹⁹ En un trabajo anterior sostuve que la difusión pública de ideas y opiniones vinculadas con el proceso de formación del medio ambiente moral y político de una sociedad determinada constituye un *ámbito sensible* de la libertad de expresión, cuya reglamentación debe ser vista con desconfianza. En particular, señalé que toda prohibición de difundir una idea en virtud de su contenido debe quedar sometida a un “escrutinio estricto”, ya que existen fuertes razones para desconfiar del interés que persigue el Estado y presumir que lo que se busca, en realidad, es imponer “verdades ideológicas oficiales”. Véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 153-154.

¹²⁰ En lo que se refiere a expresiones de odio, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe del año 2004, advirtió acerca de la improcedencia de interpretar el art. 13 inc. 5 de la Convención de acuerdo con lo dispuesto en otros tratados de derechos humanos – tales como la Convención Europea de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos la ONU – ya que no todas las restricciones a la libertad de expresión dispuestas por la ONU y la Unión Europea se encuentran comprendidas en el ámbito del art. 13 inc. 5 de la Convención Americana. En este sentido, la Relatoría destacó que el Pacto de Derecho Civiles y Políticos “proscribe las expresiones que incitan a la ‘discriminación, hostilidad o violencia’, con lo que abarca una gama de expresiones que no llegan a la violencia”. Según la Relatoría, “la mayor preponderancia que asigna la convención americana al derecho a la libertad de expresión, en comparación con [la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos] torna imperativo que las normas derivadas de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU se interpreten como normas mínimas exigidas por el derecho a la libertad de expresión, pero nunca como una limitación al goce de una mayor protección de la libertad de expresión”. Véase el Informe Anual del año 2004 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, capítulo VII, disponible en <http://www.cidh.org/Relatoria/docListCat.asp?catID=24&IID=2> (consultado por última vez el 10 de junio de 2012). Para un mayor desarrollo acerca de las implicancias de este art. 13.5 de la Convención en materia de expresiones de odio, véase Eduardo Bertoni y Julio César Rivera (h), “The American Convention on Human Rights: Regulation of Hate Speech and Similar Expression”, en *The*

En segundo lugar, quiero destacar la observación de Post respecto a la relativa eficacia de las normas que reprimen las expresiones de odio con el argumento de que contribuyen a crear un clima más proclive a la discriminación y a la violencia.¹²¹ Como señalé en otro trabajo, la cultura popular tiene un rol mucho más importante en la difusión de estereotipos y en la creación de un medio ambiente hostil contra determinados grupos que las expresiones vulgares aisladas de las personas que son en la práctica alcanzadas por esta clase de normas penales. En otras palabras, los estereotipos de grupos minoritarios que aparecen en la televisión, en el cine y en la literatura (de ficción e incluso académica) influyen mucho más en cómo vemos a estos grupos que las expresiones de odio grotescas y flagrantes de individuos marginales.¹²² Por ejemplo, ¿qué influye más en la creación de un medio ambiente hostil contra los musulmanes? ¿Las expresiones virulentas de un periodista en un programa de escaso rating en un canal de cable poco conocido que motivaron un procesamiento penal por incitación al odio por parte de los tribunales argentinos?¹²³ ¿O cientos de películas y series televisivas en las que terroristas islámicos quieren realizar ataques contra países occidentales? ¿Qué contribuye más a crear prejuicios contra los inmigrantes? ¿Expresiones exaltadas y sin sentido de un grupo de jóvenes daneses de clase baja acerca de los inmigrantes como las que dieron origen al caso *Jersild c/ Dinamarca* resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos?¹²⁴ ¿O libros como el del profesor de Harvard, Samuel Huntington, en el que se

Content and Context of Hate Speech, eds. Michael Herz y Peter Molnar (Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2012) 499.

¹²¹ Véase lo explicado en el apartado 2.4.2 de este trabajo.

¹²² Véase James Weinstein, *Hate speech, Pornography and the Radical Attack on Free Speech Doctrine* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1999), 97. En sentido similar, véase Richard Abel, *Speech & Respect* (Londres: Stevens & Sons y Sweet & Maxwell, 1994), 107.

¹²³ En Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el procesamiento del periodista Guillermo Cherashny por incitación al odio contra la religión islámica. Cherashny había expresado lo siguiente: “El problema es el Islam (...), es una religión basada en el endiosamiento de la guerra, Mahoma era un caudillo militar, viven con la glorificación de la espada (...) son militaristas de por sí (...) tienen un problema de convivencia con todas las demás religiones, donde están ellos hay problemas (...) adonde están ellos quieren matar (...) donde ellos son mayoría quieren matar a la minoría, donde son minoría quieren matar a la mayoría (...) son unos nazis de mierda, digamos la realidad, son unos nazis de mierda, como pasó en la segunda guerra mundial, no hay que negociar, hay que destruirlos y sobre las cenizas hay que meter obligadamente la democracia liberal (...) sino esto no tiene arreglo”. Según la Cámara, la opinión de Cherashny tuvo entidad para alentar o incitar la persecución o el odio en virtud del contexto en que fue difundida: pocos días después del atentado terrorista a las torres gemelas de Nueva York. Según la Cámara, “las palabras del imputado habrían fomentado la desvalorización del islamismo, generando un clima en el marco del cual los destinatarios de su discurso pudieron verse incitados a cometer actos de violencia o discriminación contra el grupo religioso en cuestión” (CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Cherashny, G. s/ procesamiento”, 10/9/2004).

¹²⁴ Véase, E.C.H.R., “*Jersild c/ Dinamarca*” (1994), *Series A* N° 298. El caso se originó a partir de una entrevista a unos jóvenes daneses desempleados que sostuvieron, entre otras cosas, lo siguiente: “Es bueno ser racista. Dinamarca es para los daneses”; “El Ku Klux Klan es algo que viene de los Estados Unidos (...) los estados del norte querían que los negros fueran seres humanos libres, ellos no son seres humanos, son animales (...) La gente debería poder tener esclavos”; “los negros son animales y lo mismo va para todos los trabajadores

sostiene – con un estilo desapasionado y académico – que la inmigración mexicana pone en riesgo la identidad estadounidense, ya que los mexicanos carecen de iniciativa y de ambiciones, conciben la pobreza como una virtud, y no creen en la educación y el trabajo duro como camino para la prosperidad material?¹²⁵ En definitiva, como acertadamente ha señalado Henry Gates Jr., el poder de las expresiones discriminatorias es inversamente proporcional a la vulgaridad con que estas se expresan.¹²⁶

Por otro lado, aceptar que el Estado reprima cualquier discurso susceptible en el largo plazo de contribuir a un clima más proclive a la discriminación nos llevaría a resultados inaceptables en una sociedad democrática. Ninguno de los principales promotores del castigo de las expresiones de odio postula que las leyes deberían tener un alcance más amplio y castigar también las imágenes estereotipadas de los grupos minoritarios que aparecen en películas, novelas o series de televisión.¹²⁷ Ello no debe sorprender, ya que sería manifiestamente irrazonable otorgar al Estado el poder de definir cómo debe ser caracterizado cada grupo que integra la sociedad bajo amenaza de castigo penal a todo aquel que se atreva a desafiar la ortodoxia estatal. De concedérsele este poder, el Estado podría censurar obras maestras de la literatura tales como *El Mercader de Venecia* de Shakespeare, *Oliver Twist* de Charles Dickens, el *Martín Fierro* de José Hernández, e incluso la Biblia; películas como *El Nacimiento de una Nación*; series de televisión como *24* o *Soy Gitano*; y óperas como *Idomeneo* de Mozart. Nadie – o casi nadie – aceptaría una sociedad orweliana de estas características. La visión de Post respecto de las expresiones de odio nos invita a reflexionar con mayor calma acerca de las presuntas bondades de las leyes penales que castigan las expresiones de odio en el discurso público, que no tienen un rol más que simbólico en el

extranjeros, turcos, yugoslavos o como sean llamados”; “los trabajadores extranjeros vienen aquí y viven a costa de nuestra sociedad. Pero nosotros tenemos demasiados problemas en obtener nuestros beneficios sociales y ellos simplemente los obtienen (...) Ellos están primeros en la lista de viviendas, ellos obtienen mejores departamentos que nosotros y algunos de mis amigos que tienen hijos viven en las peores pocilgas (...) Ello no está bien, Dinamarca es para los daneses ¿no?”; “los trabajadores extranjeros venden droga, la mitad de los que están presos en ‘Vestre’ están ahí por droga (...) Es injusto que estos extranjeros vengan aquí para hacer de Dinamarca un país droga-dependiente” [traducciones propias].

¹²⁵ Véase Samuel Huntington, *Who Are We? The Challenges to America's National Identity?*, (Nueva York: Simon / Schuster, 2004), 254. El libro generó una fuerte polémica en Estados Unidos y no faltaron quienes acusaron a Huntington de racista. Véase, por ejemplo, la respuesta de Carlos Fuentes que fue publicada en el *Miami Herald* Carlos Fuentes, “Looking for enemies in the wrong places”, *Miami Herald*, 21 de marzo de 2004, disponible en <http://www.commondreams.org/views04/0321-04.htm> (consultado por última vez el 10 de junio de 2012).

¹²⁶ Véase Henry Louis Gates Jr., “War of Words: Critical Race Theory and the First Amendment”, en *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*, ed. Henry Louis Gates Jr. (Nueva York: New York University Press, 1994), 47.

¹²⁷ Véase Weinstein, *Hate speech, Pornography...*, 97.

combate contra la discriminación y que implican un costo demasiado elevado en materia de legitimidad democrática y libertad de expresión.

En tercer lugar, es importante dejar en claro, como señala Post, que los límites del discurso público dependen, en cierta medida, de la forma en que el discurso es diseminado.¹²⁸ Si el propósito principal de la libertad de expresión es asegurar que todos los individuos puedan participar en el proceso de formación de la opinión pública, entonces es lógico que este derecho tutele especialmente el debate público; o sea, las expresiones comunicadas de forma pública. Por ejemplo, Post observa que si Larry Flint hubiera comunicado a Falwell las mismas palabras acerca de su madre que publicó en la parodia mediante un llamado telefónico durante la madrugada, ningún tribunal habría concluido que dicha expresión formaba parte del discurso público.¹²⁹ De esta manera, hay diversas formas de expresiones de odio que pueden ser castigadas porque – en virtud de su forma de diseminación – no pueden ser consideradas como una forma de participación en el debate público de ideas. Los insultos discriminatorios enviados por correo electrónico o realizados mediante llamadas telefónicas anónimas claramente quedarían excluidos del ámbito del discurso público, aun cuando estuvieran dirigidos a funcionarios o figuras públicas.¹³⁰

En cuarto lugar, es muy relevante la distinción que realiza Post entre discurso público y ámbitos de gestión. El Estado da un margen mucho mayor para reglamentar la libertad de expresión en ciertos ámbitos específicos como el educativo, el judicial o el militar, en los que puede sancionar la difusión de expresiones incompatibles con los fines perseguidos por esas instituciones. Por ejemplo, una cosa es sostener que no puede castigarse penalmente la negación del Holocausto y otra muy distinta es no poder remover a un profesor de historia que adhiere a dicha teoría porque el colegio podría válidamente sostener que el docente no cumple adecuadamente con el fin educativo perseguido. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo en la Comunicación 737/97¹³¹ que “la influencia que ejercen los maestros puede justificar las limitaciones para garantizar que el sistema de enseñanza no

¹²⁸ Véase lo explicado en el apartado 2.2 de este artículo.

¹²⁹ Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse...”, 679.

¹³⁰ Si los insultos discriminatorios estuvieran dirigidos contra personas privadas, sería posible argumentar que están excluidos del ámbito del discurso público en virtud de su contenido, con total independencia de su forma de diseminación.

¹³¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Ross v. Canadá*, Comunicación n° 736/1997, ONU Doc. CCPR/C/70/D/736/1997, disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.70.D.736.1997.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.70.D.736.1997.Sp?Opendocument) (consultado por última vez el 10 de junio de 2012).

legítima la expresión de opiniones discriminatorias”¹³². En este contexto, el Comité concluyó que “el hecho de apartar al autor de un puesto docente puede considerarse una restricción necesaria para proteger el derecho y libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgo, prejuicios e intolerancia”¹³³. Esta noción de ámbito de gestión es muy relevante también para interpretar los alcances de la libertad de expresión en otras áreas relativas a este derecho, tales como la crítica a los funcionarios públicos. Por ejemplo, si bien todos los ciudadanos tienen el derecho a criticar a los jueces – aun cuando la crítica esté formulada “en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes”¹³⁴ – un tribunal puede sancionar a un abogado que utiliza estos términos en un escrito judicial o en una audiencia oral.

Por último, no debe soslayarse la existencia del ámbito que Post define como “comunidad”, en el que el Estado se encuentra facultado para imponer reglas de civilidad que definen el significado de la vida en una comunidad civilizada. Según Post, el sistema legal estadounidense busca imponer estándares comunitarios de respeto a través de los *torts* de difamación o de invasión a la privacidad. En el derecho argentino, el castigo de expresiones ofensivas o insultantes dirigidas contra una persona específica se encuentra previsto tanto en el Código Civil como en el Código Penal¹³⁵. La delimitación entre el ámbito del discurso público y del ámbito de “comunidad” se realiza – en nuestro derecho – en función de la noción de interés público. Esto se ve claramente en el art. 110 del Código Penal en cuanto dispone que no constituyen delito de injurias las expresiones vinculadas con asuntos de interés público.¹³⁶ Por lo tanto, el castigo de expresiones discriminatorias ofensivas dirigidas contra una persona privada específica no presenta problema constitucional alguno ya que no forman parte del discurso público.¹³⁷ Por lo tanto, resulta constitucionalmente válido castigar a una persona que deja el siguiente mensaje en un contestador automático de una persona de religión judía: “comunicate con Arafat ... judía hija de puta ... reventada judía ... judía ...

¹³² Comunicación n° 736/1997, § 11.6.

¹³³ Comunicación n° 736/1997, § 11.6.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, CSJN, “Cancela, Omar c/ Artear S.A.” (1998), disponible en *La Ley* 1998-E-576, consid. 19 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’ Connor, López y Vázquez al que adhiere el juez Boggiano en su voto concurrente.

¹³⁵ Véase los arts. 109 y 110 del Código Penal, y arts. 2089 y 1109 del Código Civil.

¹³⁶ Este artículo dispone que “el que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a *asuntos de interés público* o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un *asunto de interés público*” [énfasis añadido].

¹³⁷ Para un mayor análisis de esta cuestión, véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 183-189.

judía asquerosa ... judía”¹³⁸. La libertad de expresión no constituye obstáculo alguno para reprimir estos actos de hostigamiento e intimidación contra personas específicas. Se trata de expresiones que ni siquiera entran en el ámbito de cobertura de la libertad de expresión.

En síntesis, la concepción de la libertad de expresión de Robert Post nos debe llevar a reflexionar críticamente acerca de la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Las normas que castigan la difusión de determinadas ideas aparecen como muy problemáticas desde la perspectiva de la legitimidad de un sistema democrático. Al mismo tiempo, como nos muestra Post, existen diversos ámbitos – fuera del discurso público – en los que el Estado tiene un margen mucho mayor para reprimir las expresiones de odio. Es necesario tener en claro las diferencias entre estos distintos ámbitos al enfrentar un problema de libertad de expresión.

3. Una visión alternativa: la libertad de expresión y las expresiones de odio según Owen Fiss

A los fines de comprender las implicancias de la interpretación de Post, es interesante compararla con la concepción de la libertad de expresión de Owen Fiss, otro prestigioso académico estadounidense cuyos artículos y libros han tenido bastante repercusión en Argentina,¹³⁹ llegando incluso su lectura a ser recomendada por un sindicalista durante el debate acerca de la Ley de Medios Audiovisuales.¹⁴⁰

En primer lugar, analizaré la teoría general de la libertad de expresión de Owen Fiss – que presenta diferencias sustanciales con la de Robert Post – para después explicar la postura de

¹³⁸ Véase, en este sentido, CN de Ap. en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Miñón Bolívar, Alicia s/ procesamiento”, 28/5/2003. Si bien el tribunal entendió que estas expresiones no implicaban la comisión del delito de amenazas reprimido por el art. 149 bis del Código Penal, el tribunal observó que no podía descartarse que los hechos pudieran constituir algún delito de acción privada, en clara referencia al delito de injurias.

¹³⁹ Entre las principales obras de Owen FISS en materia de libertad de expresión se encuentran “Free Speech and Social Structure”, *Iowa Law Review* 104 (1986): 1405; “Why the State?”, *Harvard Law Review* 100 (1987): 781; “State Activism and State Censorship”, *Yale Law Journal* 100 (1991): 2087; “Silence on the Street Corner”, *Suffolk University Law Review* 26 (1992): 1; *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, (Boulder, Colorado: Westview Press, 1996); *The Irony of Free Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996) [Traducido en *La ironía de la libertad de expresión* trads. Víctor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña (Barcelona: Gedisa, 1999)]; “Freedom of Speech and Political Violence”, en *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance*, ed. Raphael Cohen-Almagor (Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, 2000) 70.

¹⁴⁰ Véase <http://twitter.com/#!/JulioPiumato/statuses/24658616947> (consultado por última vez el 10 de junio de 2012).

Owen Fiss respecto de las expresiones de odio. Por último, intentaré demostrar los principales defectos de la interpretación de Fiss.

3.1) La teoría colectivista de la libertad de expresión

La concepción de la libertad de expresión de Owen Fiss se enmarca en lo que ha sido denominada la “teoría colectivista de la libertad de expresión” [traducción propia]¹⁴¹, entre cuyos principales exponentes también se encuentran Alexander Meiklejohn¹⁴², Cass Sunstein¹⁴³ y Frank Michelman¹⁴⁴.

El punto de partida de la teoría colectivista es la crítica a la concepción libertaria o individualista de la libertad de expresión, según la cual la Primera Enmienda tutela el interés del individuo en expresarse. Según Fiss, la libertad de opinión es protegida por la Constitución “no porque constituya una forma de autoexpresión o de autorrealización personal, sino porque es esencial para la autodeterminación colectiva”¹⁴⁵. De esta manera, la libertad de expresión es concebida como “una libertad de carácter público”¹⁴⁶ cuyo propósito es “ampliar los términos de la discusión pública, para permitir que los ciudadanos se den cuenta de cuáles son los temas de debate y los argumentos de todas las partes, a fin de que puedan conseguir sus objetivos libre y plenamente”¹⁴⁷.

La teoría colectivista cuestiona la interpretación tradicional de la libertad de expresión, basada en la metáfora del *Justice* Holmes del “libre mercado de ideas”¹⁴⁸, ya que entiende que un

¹⁴¹ Así la ha denominado Post en “Meiklejohn’s Mistake..”.

¹⁴² Véase Alexander Meiklejohn, *Political Freedom* (Nueva York: Oxford University Press, 1965).

¹⁴³ Véase Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (Nueva York: Free Press, 1995).

¹⁴⁴ Véase Frank Michelman, “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: the Case of Pornography Regulation”, *Tennessee Law Review* 56 (1989): 291; “Universities, Racist Speech and Democracy in America: an Essay for the ACLU”, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 27 (1992) 339; y “Civil Liberties, Silencing and Subordination”, en *The Price We Pay*, eds. Laura Lederer y Richard Delgado (Nueva York: Hill and Wang, 1995), 272.

¹⁴⁵ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 13-14.

¹⁴⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 12.

¹⁴⁷ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 13. En sentido similar, véase, Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 22.

¹⁴⁸ La controvertida metáfora del libre mercado de ideas aparece en la disidencia del *Justice* Holmes en el caso *Abrams* en uno de los pasajes más célebres de la historia de la Corte Suprema estadounidense: “...La persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si uno no tiene dudas acerca de sus opiniones o de su poder y si desea un resultado con todo su corazón, uno naturalmente expresa sus deseos en la ley y barre toda oposición (...) Pero cuando los hombres se den cuenta que el transcurso del tiempo ha desvirtuado muchas convicciones profundas, podrán terminar creyendo (...) que el fin último deseado es mejor alcanzado por el libre intercambio de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competencia del mercado y que la verdad es la sola base sobre la cual sus deseos pueden ser conseguidos sin riesgo. De todos modos, esta es la teoría de la Constitución. Es un

mercado económico desregulado no es una condición suficiente ni necesaria para un sistema de libertad de expresión.¹⁴⁹ Según Fiss, en las actuales condiciones de nuestras sociedades modernas, “caracterizadas por una distribución manifiestamente desigual del poder y una limitada capacidad de la gente de aprender todo lo que deben para funcionar eficazmente como ciudadanos”¹⁵⁰, es probable que la tutela de la autonomía individual produzca “un debate público que está dominado, y de esta manera constreñido, por las mismas fuerzas que dominan la estructura social; no un debate que sea ‘deshinbido, robusto y amplio’”¹⁵¹ [traducciones propias].

Por lo tanto, los autores que adhieren a esta visión de la libertad de expresión promueven la regulación estatal del “mercado de ideas”, a los fines de promover la discusión de asuntos de interés general. En este sentido, Fiss explica que el Estado debe complementar las limitaciones del “mercado”, poniendo en la agenda el debate de cuestiones que son sistemáticamente ignoradas por este y, de esta manera, permitiendo al público escuchar voces y puntos de vista que, de lo contrario, estarían silenciados.¹⁵²

De esta manera, la teoría colectivista promueve una concepción puramente instrumental de la libertad de expresión según la cual toda reglamentación de este derecho debe ser evaluada en función de su impacto en el debate público y no en función del grado de restricción de la autonomía de un individuo o institución privada.¹⁵³ Lo importante – dice Fiss – es la calidad del debate público.¹⁵⁴ O, dicho en términos de Alexander Meiklejohn, “lo esencial no es que cada uno pueda hablar, sino que todo lo que valga la pena ser dicho, sea dicho”¹⁵⁵ [traducción propia].

Como puede verse, la teoría colectivista rechaza la noción de que toda reglamentación gubernamental de la libertad de expresión representa una amenaza para este derecho. Según Fiss: “Los debates del pasado asumían como premisa que el Estado era el enemigo natural de

experimento, como la vida toda es un experimento. Cada año, sino cada día, tenemos que apostar nuestra salvación a alguna profecía basada sobre nuestro conocimiento imperfecto. Mientras este experimento forme parte de nuestro sistema, creo que debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos (...) Solo la emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar la corrección de los malos consejos al tiempo, justifica hacer una excepción al mandato que ‘El Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión’...” [traducción propia y énfasis añadido]; “Abrams v. United States”, 250 U.S. 616 (1919), 630-631.

¹⁴⁹ Véase Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 51.

¹⁵⁰ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵¹ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵² Véase Fiss, “Why the State?”, 788.

¹⁵³ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵⁴ Véase Fiss, “Why the State?”, 786.

¹⁵⁵ Meiklejohn, *Political Freedom*, 26.

la libertad, que buscaba silenciar al individuo.”¹⁵⁶ Sin embargo, Fiss advierte que esta presunción en contra del Estado induce a error ya que el Estado puede convertirse en un amigo de la libertad.¹⁵⁷ Fiss sostiene que: “En algunos casos, los órganos del Estado tratarán de asfixiar el debate libre y abierto, y la [libertad de expresión] constituye entonces el mecanismo [...] que frena o evita esos abusos del poder estatal. En otros casos, sin embargo, el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones. Habrá de asignar recursos públicos – repartir megáfonos – a aquellos cuyas voces de otra forma no serían oídas en la plaza pública. Puede que el Estado tenga incluso que silenciar las voces de algunos para que se oigan las voces de los demás; a veces no hay más remedio.”¹⁵⁸

La interpretación de la libertad de expresión de acuerdo con la teoría colectivista lleva a resultados sustancialmente diferentes de los alcanzados por la Corte Suprema estadounidense en materia de radiodifusión¹⁵⁹ o de límites a la financiación de las campañas electorales¹⁶⁰. A los fines de este trabajo, voy a limitarme a analizar la visión de la teoría colectivista en materia de expresiones de odio, tal como ha sido desarrollada por Owen Fiss, quien ha delineado la postura más controvertida al respecto.

3.2) Expresiones de odio y efecto silenciador: el Estado como garante de un debate público robusto en el que todas las voces puedan ser escuchadas

Fiss observa que la cuestión de la reglamentación de las expresiones de odio se enfoca generalmente como un conflicto entre libertad de expresión e igualdad.¹⁶¹ Esta forma de analizar la validez constitucional del castigo de las expresiones de odio es problemática – a juicio de Fiss – porque resulta muy difícil – quizás imposible – determinar un método para elegir entre estos dos valores constitucionales.¹⁶² Por ello, Fiss ofrece un enfoque alternativo, que consiste en evaluar la cuestión de la sanción de las expresiones de odio como un conflicto

¹⁵⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 12.

¹⁵⁷ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 12.

¹⁵⁸ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 14.

¹⁵⁹ Sunstein y Fiss consideran legítima la regulación de la programación con el objetivo de asegurar un amplio tratamiento de los asuntos de interés público y el acceso del público a una diversidad de opiniones (Véase Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 71-104; y Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 53-92).

¹⁶⁰ A diferencia de lo establecido por la Corte Suprema estadounidense en *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1 [1976]), Sunstein y Fiss consideran constitucionalmente posible el dictado de normas tendientes a promover la igualdad política en las campañas electorales (véase Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 15-41; y Sunstein, *Democracy and the Problem of...*, 94-101).

¹⁶¹ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 22.

¹⁶² Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 24.

en el que la libertad de expresión está en juego tanto del lado del orador que difunde las expresiones discriminatorias como del lado del Estado que busca fomentar un debate completo y abierto en el que se oigan también las voces de los grupos desfavorecidos.¹⁶³

Según Fiss, las expresiones de odio “tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo de esta manera su participación completa en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público”¹⁶⁴. Por consiguiente, aun cuando los integrantes de los grupos desaventajados se expresen, “sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran”¹⁶⁵ y por ello “el clásico remedio de más expresión es inútil”¹⁶⁶.

En este marco, el Estado – al castigar las expresiones de odio – busca remediar esta distorsión del debate público causada por sujetos privados y, así, promover el proceso democrático al permitir a la ciudadanía escuchar un debate completo y abierto sobre los temas de interés público.¹⁶⁷ En estos casos – observa Fiss – el Estado actúa como el presidente de un Parlamento que dice: “ya hemos escuchado mucho a esta parte. Quizás otros deberían tener también la posibilidad de hablar antes de que votemos”¹⁶⁸. Que el Estado actúe como presidente de un Parlamento implica – a juicio de Fiss – que este no busca alcanzar un resultado determinado sino simplemente asegurar que el debate público sea vigoroso.¹⁶⁹

¿Cuál es el rol del Poder Judicial en el esquema de Fiss? Analizar si la reglamentación de la libertad de expresión efectivamente aumentará la calidad del debate público o no.¹⁷⁰ Es necesario señalar que Fiss reconoce que “[i]nvestigar cuál es el impacto de la intervención estatal en la calidad del debate es un ejercicio complejo”¹⁷¹. Y en lo que respecta específicamente a la cuestión de las expresiones de odio, Fiss advierte que es posible que el efecto silenciador no esté presente en todos los casos o que el medio elegido genere una mayor distorsión del debate público que la que pretende remediarse.¹⁷² Por ejemplo, Fiss sostiene que podría ser declarada inconstitucional una norma que castiga las expresiones de

¹⁶³ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 30.

¹⁶⁴ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 28.

¹⁶⁵ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 28.

¹⁶⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 28.

¹⁶⁷ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 30 - 31.

¹⁶⁸ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 35.

¹⁶⁹ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 36.

¹⁷⁰ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 38.

¹⁷¹ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 38.

¹⁷² Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 39.

odio cuando el discurso está dirigido a una persona que no integra un grupo desfavorecido, que no se encuentra silenciada.¹⁷³

3.3) Análisis crítico de la interpretación de Fiss en materia de expresiones de odio

La concepción de Fiss de la libertad de expresión y su aplicación en materia de expresiones de odio es susceptible de diversas objeciones que se analizan a continuación. La visión general de la libertad de expresión de Fiss puede funcionar en ámbitos muy específicos – como en materia de reglamentación de medios audiovisuales o incluso en el limitado ámbito de las campañas electorales¹⁷⁴ – pero su aplicación indiscriminada en el discurso público es demasiado problemática.

En primer término, no parece razonable fundamentar la tutela de la libertad de expresión exclusivamente en el interés de los ciudadanos en recibir la mayor información posible respecto de cuestiones de interés general y dejar de lado los intereses expresivos de los oradores. Como observa Post, el autogobierno colectivo no puede quedar reducido a la toma de determinadas decisiones, sin tener en cuenta la autoría de dichas decisiones.¹⁷⁵ Recordemos, en este sentido, el ejemplo de Post del Estado X explicado en el apartado 2.1 de este trabajo. A pesar de que en dicho Estado los individuos pueden, como colectividad, decidir acerca de su propio destino, la imposibilidad de participar en el debate público impide caracterizar a dicho Estado como un sistema democrático. En una democracia, los individuos no solo votan sino que, como advierte Post, también se asocian, se organizan, hablan, marchan, peticionan.¹⁷⁶ Es justamente esta participación la que permite que los individuos se identifiquen con la decisión colectiva. Ninguna teoría de la libertad de expresión puede – o, en realidad, debe – ignorar el impacto de una norma reglamentaria de la libertad de expresión sobre los derechos expresivos de los individuos.

En segundo término, la figura del Estado como moderador – que opera como el presidente de un parlamento – no es compatible con la misión que Fiss le asigna al Estado de promover un

¹⁷³ FISS, *Liberalism Divided...*, 119.

¹⁷⁴ En este orden de ideas, Post concede que la autonomía puede ser negada en ámbitos particulares y locales, cuando las presunciones de autonomía de la primera enmienda han llegado a parecer meras “ficciones” que enmascaran condiciones particularmente intolerables de poder privado y dominación (véase Post, “Meiklejohn’s Mistake...”, 1132).

¹⁷⁵ Post, “Equality and Autonomy...”, 1523.

¹⁷⁶ Post, “Equality and Autonomy...”, 1528.

debate público rico y robusto.¹⁷⁷ Aquí Fiss confunde – como acertadamente destaca Post – calidad del debate público con igualdad.¹⁷⁸ En efecto, permitir la difusión de todos los puntos de vista acerca de una determinada cuestión no necesariamente lleva a un debate público de mayor calidad.¹⁷⁹ Pensemos, por ejemplo, en el tema del Holocausto judío durante la segunda guerra mundial. ¿Nos lleva a un debate más rico y robusto sobre este tema difundir las tesis negacionistas? ¿Está el público más informado acerca del Holocausto cuando tiene acceso a las opiniones de David Irving o de Robert Faurisson? En otro trabajo he defendido el derecho de estos “historiadores” a difundir su tesis negacionista, pero dicho derecho difícilmente puede ser sustentado en la necesidad de asegurar un debate público rico y robusto.¹⁸⁰ La tesis de Fiss – llevada hasta sus últimas consecuencias – lleva a resultados absurdos. Por ejemplo, en una comunidad en la que la mayor parte de la población tuviera fuertes convicciones igualitarias, el Estado debería promover los discursos racistas, a fin de que el público tuviera acceso a todos los puntos de vista acerca de las cuestiones de interés general.

La figura del Estado como moderador tiene otro problema. Según Fiss, cuando el Estado actúa como presidente de un Parlamento no busca alcanzar un resultado determinado sino simplemente asegurar que el debate público sea amplio y robusto. Esta neutralidad de resultado puede ser correcta en materia de límites de gastos en las campañas electorales o de restricciones a la concentración en la propiedad de medios masivos de comunicación pero es manifiestamente incorrecta en el área de las expresiones de odio. Los sistemas legales que reprimen este tipo de expresiones a través del Código Penal persiguen un resultado específico que es censurar este tipo de ideas del discurso público, en virtud de sus efectos nocivos o perjudiciales. Un sistema que considera que quienes difunden expresiones de odio deben ir presos no es un sistema que les dice que “han hablado demasiado y tienen que dejar hablar a otros” sino un sistema que les dice “tienen prohibido hablar sobre esto”.

En tercer lugar, el estándar judicial propuesto por Fiss a los fines de juzgar la validez de las restricciones a las expresiones de odio es en sí mismo problemático. Por un lado, Fiss no ofrece prueba alguna acerca de ese supuesto “efecto silenciador” que causarían las expresiones de odio dirigidas contra los grupos desfavorecidos.¹⁸¹ En realidad, una cosa es

¹⁷⁷ Post, “Equality and Autonomy...”, 1528-1534.

¹⁷⁸ Post, “Equality and Autonomy...”, 1528.

¹⁷⁹ Véase Weinstein, “Taking Liberties with the First Amendment”, *Law Philosophy* 17 (1998): 159; 166.

¹⁸⁰ Véase Rivera (h), *Libertad de expresión y expresiones de odio*, 225-233.

¹⁸¹ Como señala Weinstein, Fiss no ha producido evidencia alguna de que el discurso público se haya visto privado de alguna idea o perspectiva en virtud de dicho fenómeno. Véase Weinstein, *Hate speech*,

que un grupo se encuentre subordinado en la sociedad y otra muy distinta es que esté totalmente silenciado por los prejuicios vigentes en dicha sociedad. Por ejemplo, si uno tiene en cuenta la experiencia estadounidense del movimiento por los derechos civiles, es válido concluir que los afroamericanos – a pesar de la intolerable situación de subordinación en la que se encontraban en los estados del sur – pudieron, sin embargo, hacer oír su voz, de forma exitosa, en el discurso público. De la misma manera, en Argentina, grupos claramente desfavorecidos e históricamente oprimidos como los miembros de los pueblos autóctonos o los homosexuales pueden participar del debate público en cuestiones relativas a sus derechos y reclamar – con relativo éxito – la aprobación de significativas reformas legales e incluso constitucionales.¹⁸²

Por otro lado, el estándar que propone Fiss es manifiestamente indeterminado.¹⁸³ ¿Cómo puede un tribunal judicial evaluar si una determinada expresión causa o no un “efecto silenciador”? Este estándar resulta incompatible con el principio de legalidad en materia penal que exige en la elaboración de los tipos penales la utilización de “términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”¹⁸⁴ ya que la ambigüedad “genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”¹⁸⁵. Esta indeterminación del estándar aplicable es particularmente peligrosa en un área sensible de la libertad de expresión.

Por último, es necesario advertir que el estándar propuesto por Fiss puede volverse como un boomerang contra los mismos grupos desfavorecidos a los que este quiere tutelar. En efecto, Fiss entiende que la prohibición de las expresiones de odio que causan un efecto silenciador “representa una concepción de la democracia que exige que la expresión del poderoso no ahogue o menoscabe la del menos poderoso”¹⁸⁶. Sin embargo, en muchísimos casos, no es tan simple determinar cuál es el grupo poderoso y cuál el menos poderoso. Muchas expresiones de odio son realizadas por integrantes de grupos minoritarios contra otros grupos

Pornography..., 134. En sentido similar, cuestionando la existencia de este “efecto silenciador” en el debate público estadounidense, véase Post, “Equality and Autonomy...”, 1533.

¹⁸² Véase, por ejemplo, la Ley 26.618 que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo o el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional – incorporado por la reforma de 1994 – que establece que es competencia del Congreso de la Nación: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

¹⁸³ Véase Richard Moon, “The State of Free Speech”, *University of Toronto* 48 (1998): 125; 132.

¹⁸⁴ Véase Corte I.D.H., Sentencia “Kimel c/ Argentina”, del 2/5/2008, Serie C, N° 77, § 63.

¹⁸⁵ Véase Corte I.D.H., Sentencia “Kimel c/ Argentina”, § 63.

¹⁸⁶ Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, 29.

minoritarios¹⁸⁷. Si una mujer ataca de forma vehemente la cultura islámica, si un palestino niega el Holocausto, si un grupo de jóvenes de clase baja que viven en un asentamiento precario realiza declaraciones contra los inmigrantes, si un integrante de un pueblo autóctono denigra a los homosexuales, ¿cómo podemos determinar cuál es el grupo poderoso y el menos poderoso en esos casos? ¿Cuáles son los grupos desfavorecidos que se encuentran silenciados en la comunidad? ¿Las mujeres? ¿Los homosexuales? ¿Los inmigrantes? ¿Las personas de religión islámica? ¿Los pueblos autóctonos? ¿Las personas de clase social más baja? Fiss no ofrece guía alguna para resolver estos casos. Pero si dejamos esta respuesta a los tribunales, son muchas las sorpresas – desagradables – con las que podríamos encontrarnos.

En síntesis, no debe sorprender que ningún sistema legal limite el castigo de las expresiones de odio a los discursos que silencian a los grupos desfavorecidos. La tesis de Fiss es original y sofisticada pero manifiestamente impracticable.

Antes de terminar, es importante dejar en claro que nada de lo dicho hasta aquí implica adherir a una tesis de no intervención del Estado en el “mercado de ideas”. Una cosa es que el Estado no pueda castigar penalmente a quienes difunden expresiones de odio y otra muy diferente es que no pueda promover en el debate público los valores e ideas que considera correctos. El Estado puede también subsidiar a los grupos más desfavorecidos para que puedan difundir adecuadamente sus puntos de vista sobre las cuestiones de interés público. También es posible establecer mecanismos de acción afirmativa tendientes a remediar la situación de subordinación de estos grupos. Lo que es constitucionalmente problemático es que el Estado sancione penalmente a todo aquel que difunde ideas que la mayoría de turno considera ofensivas, nocivas, peligrosas o manifiestamente erróneas.

4. Conclusión

La interpretación de Robert Post de la libertad de expresión está sustentada en el derecho de toda persona a participar en la formación de la opinión pública de manera tal que pueda experimentar el proceso de toma de decisiones como sensibles a sus propios valores e ideas. Esta concepción de la libertad de expresión otorga una importancia fundamental al derecho

¹⁸⁷ Como subraya Abel, los grupos más vulnerables tienden muchas veces a dirigir su resentimiento no contra los grupos mayoritarios sino contra los grupos aún más vulnerables que ellos: los blancos que viven en zonas rurales del sur de Estados Unidos contra las personas afroamericanas; los afroamericanos contra los judíos y los coreanos; las mujeres de clase media contra las mujeres de clase baja contratadas como empleadas de servicio doméstico; los hombres afroamericanos contra las mujeres afroamericanas (véase Abel, *Speech & Respect*, 126).

individual de toda persona a difundir sus ideas en el ámbito del discurso público, entendido como el proceso de comunicación a través del cual la opinión pública es formada. De acuerdo con esta perspectiva, el debate acerca de lo que es legítimo o ilegítimo o bueno o malo debe permanecer siempre abierto, no pudiendo el Estado consagrar verdades ideológicas oficiales no susceptibles de ser cuestionadas por los ciudadanos ya que ello afectaría la legitimidad del sistema democrático. Ello no significa que las expresiones de odio no puedan ser reguladas. Hay diversos ámbitos de gestión y de comunidad en los que la difusión de esta clase de expresiones puede ser reprimida sin problema constitucional alguno. Pero, en el ámbito del discurso público, debemos mirar con desconfianza todo intento de censurar una expresión ideológica determinada.

La tesis de Fiss es particularmente desafiante porque trata de justificar el castigo de las expresiones en términos con los que nadie puede, en abstracto, disentir: la promoción de un debate público amplio y robusto en el que todas las voces puedan ser escuchadas. En este artículo, he tratado de explicar los enormes problemas que plantea la concepción colectivista de la libertad de expresión de Fiss en materia de difusión de ideas en el discurso público. Se trata de una teoría que busca justificar la restricción a la difusión de expresiones de odio con sustento en una concepción del Estado como moderador que busca remediar la situación de silenciamiento de ciertos grupos en el debate público. Pero esta teoría de Fiss presenta serios problemas empíricos – en cuanto se basa en un presunto “efecto silenciador” cuya existencia ni siquiera se esfuerza en demostrar –, propone la aplicación de un estándar manifiestamente indeterminado – como el “efecto silenciador” – incompatible con el principio de legalidad en materia penal y no sirve para justificar el castigo penal de las expresiones de odio ya que un sistema penal que reprime esta clase de expresiones no busca promover un debate público amplio y robusto sino silenciar ciertas opiniones que considera nocivas.

El propósito de este artículo no ha sido, sin embargo, ofrecer una tesis conclusiva acerca de la invalidez constitucional del castigo de las expresiones de odio sino comenzar un debate serio acerca de las razones que pueden válidamente justificar la limitación de una faceta esencial de la libertad de expresión: la difusión de ideas en el discurso público. Como señalé al comienzo de este trabajo, la Corte Suprema argentina no ha impuesto límite constitucional alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas. Sería bueno empezar a discutir cuáles deben ser esos límites.

EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Pedro A. Caminos♦

Resumen

Los constitucionalistas, al analizar el control de constitucionalidad, suelen asumir una cierta uniformidad práctica, esto es que siempre que un tribunal ejerce dicho control, está de hecho realizando una misma actividad. El presente trabajo se propone desafiar parcialmente esa asunción, demostrando la diversidad de formas en que se desarrolla el control de constitucionalidad en la práctica. Una vez que se demuestre esa diversidad, el trabajo intentará proponer una manera de conceptualizar el control que haga explícito qué es lo que tienen en común sus diferentes variantes, utilizando la noción de “derrotabilidad de las normas”. La identificación de los rasgos comunes a las variantes del control permitirá discutir cuáles son las normas que regulan el ejercicio del control y cuál es su alcance. Finalmente, en la última sección del trabajo, se sugerirá de qué forma el control de constitucionalidad puede entrar en tensión con el ideal de estado de derecho, cuestionándose así la idea, bastante difundida, de que control de constitucionalidad y estado de derecho constituyen las dos caras de una misma moneda.

1. Introducción: supremacía y control

♦ Abogado (UBA) y Máster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO). Profesor Adjunto (i) de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y ex Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

Agradezco a Alejandro Calzetta por haber leído una parte del trabajo y haber realizado valiosos comentarios. Los errores que el lector pueda encontrar en el trabajo me son imputables en su totalidad.

En la literatura constitucional argentina es habitual encontrarse con que el tratamiento del control de constitucionalidad se hace en forma conjunta con el de la noción de supremacía constitucional.¹ Así, por ejemplo, prestigiosos constitucionalistas, como Germán Bidart Campos, sostienen que la doctrina de la supremacía “exige, para su eficacia, la existencia de un *sistema garantista* que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad”² [énfasis añadido]. En forma concordante, Néstor Sagüés afirma que de poco vale el principio de supremacía si no se cuenta con un aparato de control, esto es “una *magistratura constitucional*, que opere como órgano de control, y *procesos constitucionales*, mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares”³ [énfasis añadido]. En esta cuestión estamos, entonces, frente a un auténtico lugar común dentro de la disciplina.⁴

Este relativo consenso merece, sin embargo, algunos comentarios. Por una parte, es necesario clarificar qué clase de exigencia es la que, emanada del principio de supremacía constitucional, permitiría derivar el control (1.2). Por otra parte, como paso previo a ello, sería relevante establecer en qué consiste el principio de supremacía (1.1). Finalmente, y una vez contestados los interrogantes anteriores, restaría analizar de qué forma el control de constitucionalidad cumple con su función de “asegurar” la supremacía constitucional.

1.1 La noción de supremacía normativa

i) El sentido axiológico de la supremacía. El concepto de supremacía normativa, como suele ocurrir en general con las nociones que utilizan los juristas, no está libre de ambigüedades.

¹ Por comodidad, a lo largo del trabajo se hablará de “constitución” o de “derecho constitucional”. Pero tales expresiones deben entenderse como una forma abreviada de referirse no solo a las disposiciones del bloque de constitucionalidad federal (i.e., la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y aquellos que adquirieron jerarquía constitucional posteriormente a través del procedimiento establecido en dicha norma), sino también a las directivas, informes, dictámenes, sentencias y opiniones consultivas emanadas de los organismos encargados de aplicar en sede internacional los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, además de los criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

² Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada* (Buenos Aires: Ediar, 2001), I, 336.

³ Néstor Pedro Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2007), 99.

⁴ Véase Alberto B. Bianchi, *Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002), I, 163-165; Maximiliano Toricelli, *El Sistema de Control Constitucional Argentino. La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad como Mecanismo de Tutela* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002), 35; María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (Buenos Aires: La Ley, 2005), 365; Susana G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina Comentada. Claves para el Estudio Inicial de la Norma Fundamental* (Buenos Aires: La Ley, 2009), 193-195; Gregorio Badeni, *Manual de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: La Ley, 2011), 185.

Afirmar que una norma o un conjunto de normas X es “supremo” puede querer decir muchas cosas. Aquí nos referiremos tan solo a cuatro formas posibles de entender la supremacía.⁵ Por un lado, cuando los juristas afirman que la constitución es la norma “suprema” parecen destacar que ella tiene una enorme importancia desde un punto de vista axiológico. Esto es que, por diversas razones, las normas constitucionales formulan, encarnan o instancian ciertos principios o valores que resultan primordiales o fundamentales. En pocas palabras: una constitución es suprema si y solo si sus normas se hacen eco de tales valores.

Aunque este primer sentido es, ciertamente, muy utilizado, aquí no le daremos mayor importancia pues no parece tener demasiada relevancia para nuestros fines. Ello es así porque, en un nivel intuitivo al menos, la actividad de controlar la constitucionalidad de una norma es independiente de la valoración axiológica que se haga de las normas en cuestión. Un juez puede considerar valiosa una ley que establezca impuestos muy elevados a alguna actividad que sea altamente rentable, pero la declarará inconstitucional de todos modos si ella resulta confiscatoria, aun cuando el juez en cuestión considere que el principio de no confiscatoriedad es completamente disvalioso.⁶

Ciertamente, la evaluación axiológica puede adquirir relevancia en ciertos contextos, como por ejemplo en aquellos casos en los que son dos normas constitucionales las que entran en conflicto. Pero en ese caso la valoración de las normas en juego cobra relevancia precisamente porque ambas tienen una misma jerarquía formal, y por esa razón no es posible establecer cuál de ellas goza de “supremacía” frente a la otra, si no es recurriendo a algún criterio o estándar axiológico. Esto demuestra que el sentido axiológico del concepto de

⁵ La distinción entre los distintos sentidos de supremacía se inspira, aunque en forma algo libre, en el análisis de la noción de jerarquía normativa que efectúan Jordi Ferrer Beltrán y Jorge Luis Rodríguez. Debemos señalar que muchas de las ideas que nutren este trabajo son deudoras de la obra de Ferrer Beltrán y Rodríguez. Véase Jordi Ferrer Beltrán y Jorge Luis Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 135-146.

⁶ Para un caso en el que ocurrió algo similar, véase CSJN, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Río Negro, Provincia de”, *Fallos* 331:2178 (2008). En dicho caso, una empresa concesionaria del servicio público de gas solicitó la declaración de inconstitucionalidad de una ley de emergencia dictada por la provincia de Río Negro que le prohibía a la empresa cobrar una tarifa por el retiro de medidores, la reconexión del servicio o cualquier otra multa por facturas adeudadas, pese a que el marco regulatorio establecido a nivel federal le permitía percibir tales tarifas. La Corte, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial pero sostuvo en el considerando 11 que “el hecho de que la norma impugnada tenga por objeto reglar una situación particular o ciertos casos determinados de un modo especial no es lo que hace de ella un acto arbitrario o inconstitucional (...) máxime si, como en el caso, lo que se persiguió con su dictado fue brindar protección a usuarios procedentes de un segmento vulnerable de la sociedad rionegrina. Antes bien, su reproche resulta de la improcedencia de legislar del modo en que lo hace la provincia demandada sobre aspectos regulatorios confiados al Gobierno Federal” [énfasis añadido]. Como vemos, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma no porque ella no se condijese con ciertos valores que la Corte consideraba importantes (v.gr., la protección de usuarios procedentes de un segmento vulnerable de la sociedad) sino porque ella fue sancionada por quien carecía de competencia para hacerlo.

supremacía constitucional, tal como suele ser usado en el contexto del control de constitucionalidad, juega un rol secundario, aunque pueda ser muy importante en algunas ocasiones. Dado que ese papel se advierte en los contextos de aplicación de las normas, diremos algo más sobre este sentido de la supremacía en el cuarto apartado.

ii) La supremacía de la norma y el carácter soberano de su fuente. En un segundo sentido, se asocia a la “supremacía” de una norma con el carácter soberano que tenga su emisor. Esto significa que o bien no existe ninguna otra autoridad que tenga jurisdicción sobre aquella que crea la norma en cuestión, o bien no existe ninguna otra norma que regule su conducta. La supremacía, entendida en este sentido, posee un carácter relativo, pues ella se predica de una norma en relación a su fuente. Una norma se considerará suprema si y solo si ella emana de la fuente normativa soberana.

La dogmática constitucional tradicional suele dar cuenta de este sentido de supremacía recurriendo a la noción de poder constituyente.⁷ Sin embargo, el concepto de poder constituyente plantea perplejidades que, como señaló Genaro Carrió, resultan muy difíciles de superar.⁸ En efecto, los constitucionalistas caracterizan generalmente al poder constituyente como autónomo y no condicionado, pues su actividad no está subordinada a ninguna regla o norma. Quien ejerce el poder constituyente *es* el soberano, o al menos quien actúa en representación del soberano. Al mismo tiempo, sin embargo, también se considera que aquel que ejerce dicho poder, y sanciona una constitución, está, en algún sentido, *facultado* para actuar de esa manera. El concepto de poder constituyente parece presuponer, entonces, que su titular cuenta con atribuciones o competencias para dictar una constitución.

En términos de Carrió, la descripción anterior del concepto de poder constituyente carece de sentido. Ello es así porque la noción de competencia solo adquiere significación si ella queda comprendida dentro de un determinado marco de referencia normativo. Es una regla o una norma la que le atribuye competencia a un sujeto S para que dicte la norma X. Pero si el poder constituyente se caracteriza, precisamente, por no estar subordinado a ninguna norma,

⁷ Posiblemente, el ejemplo más cabal de esta noción de supremacía pueda encontrarse en Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala (Madrid: Alianza, 1982), 45-52 y 93-107. Para una discusión del concepto schmittiano de poder constituyente, véase Andrés Rosler, “El constitucionalismo político de Carl Schmitt” en *Cuadernos de Derecho Constitucional* 1 (Buenos Aires: Editorial Hydra, 2011), 30-34. Cabe aclarar que el “poder constituyente” al que se alude en el texto es al que habitualmente los constitucionalistas le agregan el adjetivo “originario”, esto es, el que da lugar a una “primera” constitución.

⁸ Véase, Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), “Sobre los límites del lenguaje normativo”, 241-259.

entonces va de suyo que quien ejerce el poder constituyente no tiene, en verdad, ninguna competencia para dictar una constitución.

Ciertamente, el núcleo del problema yace en la ambigüedad de la palabra “poder”. Por un lado, cuando se dice que alguien “puede” realizar una acción A, se está señalando que el sujeto en cuestión está en condiciones materiales, por tener las suficientes habilidades o por lo que fuera, de llevar a cabo esa acción. Pero, por otro lado, cuando se indica que alguien “puede” realizar una acción A, se está aludiendo al hecho de que existe una norma que le permite a dicho sujeto realizar la acción A. Ocurre, entonces, que alguien puede, de hecho, sancionar una constitución, quizás porque cuenta con el monopolio de la coacción en un territorio determinado, pero de ahí no se sigue automáticamente que pueda dictar una constitución, en el sentido de que tenga competencia para hacerlo: esto es que exista una norma que le confiera dicha atribución.

Esta discusión es relevante para el concepto de supremacía por la siguiente razón. Si las normas supremas son aquellas que emanan de una fuente soberana, entonces o bien no existe tal cosa como una fuente soberana, porque para ser una fuente con aptitud para crear normas se requeriría que otra norma le asigne competencia, en cuyo caso no sería soberana. O bien, si existiese un sujeto creador de normas cuya conducta no esté, a su vez, regulada por normas, no habría posibilidad de identificarlo como tal, pues cualquier sujeto que en la práctica dicte normas y cuente con fuerza para hacerlas cumplir podría ser considerado como soberano. El punto es que este segundo escenario nos arroja a una suerte de estado de naturaleza pues, sin criterios de ningún tipo, no hay forma de establecer cuál de entre los diferentes detentadores del poder real *debe* ser considerado con preferencia al resto, y de asignarle entonces el carácter de soberano.⁹

⁹ Véase Herbert Hart, *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), 89-97, para una caracterización de ciertas reglas como *constitutivas* del soberano. Por cierto, los criterios en cuestión podrían provenir de una determinada filosofía moral. Véase, en ese sentido, Carlos Santiago Nino, *La Validez del Derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1985), “La competencia del constituyente originario y el carácter moral de la justificación jurídica”, 62-67. El punto sigue siendo, en cualquier caso, que para determinar quién es el soberano es necesario recurrir a criterios normativos, así sean morales, jurídicos o de otro tipo. Para establecer si un sujeto S es soberano, debe ser posible determinar si un acto A, ejecutado por S, satisface los requisitos establecidos en una regla R. Si el acto en cuestión es un acto de habla, entonces, para determinar si se trata de un acto de soberanía, resulta relevante analizar la fuerza ilocucionaria de tal acto. A ese efecto es necesario, aunque quizás no suficiente, especificar cuál fue la intención de S al ejecutar A, i.e. si tuvo la intención de actuar como soberano. Dado que una acción es intencional bajo una determinada descripción, solo resulta posible imputarle a S la intención de ejecutar A en su carácter de soberano si, al ejecutar A, cumplió con los requisitos establecidos en R. De otro modo, no tendría sentido realizar una imputación de esa naturaleza. Estas ideas se basan en una cierta interpretación de algunos trabajos de Austin, Anscombe y Raz, aunque no pretendemos atribuírselas, tal cual como las expusimos, a ninguno de ellos. Ver John L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. Genaro

Por lo tanto, si no existen autoridades soberanas o, en caso de que existan, no es posible identificarlas sin recurrir a normas que les hagan perder su carácter de tales, entonces concebir a la supremacía constitucional como el resultado de que ciertas normas hayan sido creadas por una autoridad soberana resulta también un sinsentido. En consecuencia, descartaremos en lo sucesivo esta forma de entender el concepto de supremacía.

iii) Supremacía como criterio de pertenencia a un sistema. En un tercer sentido, la noción de supremacía parece aludir a la idea de que las normas constitucionales determinan los procedimientos mediante los cuales se promulgarán las restantes normas que pertenecen a un determinado sistema normativo. Muchas veces, refiriéndose a este sentido, los juristas afirman que la constitución es la que establece los criterios de validez de las demás normas del sistema. Hans Kelsen suele ser considerado como uno de los autores que asocia la noción de validez normativa con la de pertenencia de una norma a un sistema.¹⁰ Conviene apuntar, sin embargo, como lo ha hecho ya buena parte de la literatura especializada, que el término “validez” es utilizado en formas diferentes, incluso por el propio Kelsen.¹¹

En general, suele distinguirse entre validez como pertenencia, como fuerza obligatoria y como aplicabilidad. El tercer sentido, el de la aplicabilidad, será analizado en el siguiente apartado. El primer sentido, que es al que nos referiremos en este apartado, postula que una norma es válida con respecto a un sistema normativo si y solo si ella pertenece al mismo. Se trata, como vemos, de una noción relacional.

En el segundo sentido, el concepto de validez es análogo al de obligatoriedad, esto es, una norma es válida si y solo si ella es obligatoria. La fuerza obligatoria de una norma jurídica puede depender de su contenido, verbigracia que ella prescriba una conducta que, a su vez, también resulta obligatoria en virtud de una norma moral. La fuerza obligatoria también puede depender de consideraciones procedimentales: una norma jurídica tendrá fuerza obligatoria si ella es el resultado de un procedimiento que sea constitutivo de la justicia

R. Carrió y Eduardo A. Rabossi (Barcelona: Paidós, 1982), 142-145; Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, *Intención*, trad. Ana Isabel Stelino (Barcelona: Paidós, 1991), 85-90; 96-98; Joseph Raz, “Intention in interpretation”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P George (Oxford: Oxford UP, 1996), 264-268.

¹⁰ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo (México: UNAM, 1979), 201-202.

¹¹ Véase, por ejemplo, Alf Ross, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” en *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero (México: Fontamara, 1997), 23-26; Eugenio Bulygin, “Tiempo y validez”, *Análisis Lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 195-197; Nino, *La Validez del Derecho* (Buenos aires, Editorial Astrea, 1985), “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen”, 7-12; Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, 47-58.

(justicia procesal pura), que garantice la justicia de sus normas (justicia procesal perfecta) o que en forma plausible, nos permita considerar con la mayor probabilidad posible que tales normas son justas (justicia procesal imperfecta). Como fuera, el concepto de validez como fuerza obligatoria no es relacional: la validez de una norma no depende de la contingente pertenencia a un sistema normativo, sino del hecho de que ella sea justa.

La distinción entre validez como pertenencia y como fuerza obligatoria constituye un lugar común de la discusión entre positivistas y antipositivistas. En efecto, los primeros suelen aceptar, y defender, la tesis que sostiene que para identificar cuáles son las normas que integran un determinado sistema jurídico no es necesario analizar si tales normas satisfacen o no algún estándar o criterio de moralidad (i.e., si ellas tienen fuerza obligatoria). Los antipositivistas, en cambio, niegan la plausibilidad de dicha tesis y, en algunos casos, niegan también que ella resulte normativamente justificable.

Más allá de la discusión iusfilosófica, a los efectos de la dilucidación del concepto de supremacía, debe tenerse en cuenta que el sentido de validez como fuerza obligatoria parece colapsar en el sentido axiológico que discutimos más arriba. En efecto, si las normas válidas son las normas obligatorias entonces o bien todas tienen la misma fuerza obligatoria, en cuyo caso no hay jerarquías entre ellas y, por lo tanto, no puede haber normas supremas; o bien algunas resultan “más obligatorias” que otras (suponiendo que tenga sentido afirmar tal cosa), en cuyo caso esa mayor fuerza obligatoria se derivaría necesariamente de una valoración axiológica. Por lo tanto, no es este el sentido que nos interesará analizar aquí.

La validez como pertenencia permite dar cuenta de una de las principales características del derecho moderno, esto es, su carácter dinámico. El derecho es autopoyético pues regula su propia creación o, mejor dicho, su propia modificación. En este sentido, se podría definir a las normas supremas como aquellas que establecen los criterios de pertenencia al sistema, mediante la asignación de competencia a ciertos órganos o personas para cambiar las normas, estableciendo procedimientos que deben ser seguidos por esos órganos o personas para efectuar el cambio normativo, y determinando las materias dentro de las cuales (o con exclusión de las cuales) tales órganos o personas pueden ejercer sus poderes normativos.

Este parece ser un buen criterio para definir la noción de supremacía, aunque presenta algunas peculiaridades que merecen ser destacadas. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que las normas supremas ofrecen los criterios de pertenencia *de las demás normas* del sistema, pero no de ellas mismas. De ese modo, en el momento en que se acaba de sancionar una

constitución, el sistema normativo no nos provee de criterios que nos permitan considerar que esa constitución pertenece al sistema. En consecuencia, dentro de un sistema normativo encontramos normas *independientes*, o sea aquellas cuya pertenencia al sistema no está definida por otras normas del sistema, y encontramos también normas *dependientes*, esto es, aquellas cuya pertenencia al sistema se sigue de los criterios establecidos por las normas supremas.¹² En el momento inicial, entonces, las normas supremas coinciden con las independientes.¹³

Esto nos lleva a la segunda cuestión, relacionada con el carácter dinámico del derecho. En efecto, las constituciones suelen incluir disposiciones que establecen un procedimiento para la reforma del propio texto constitucional. En un trabajo ya clásico, Alf Ross afirmó que no era posible, partiendo de una norma que regula el procedimiento de su propia reforma, derivar la validez de la norma que resulte de ese procedimiento de reforma. Para fundamentar su aserción, Ross sostuvo, por un lado, que una norma que regula su propia reforma es autoreferente, razón por la cual viola un principio lógico que establece que los enunciados que se refieren a sí mismos carecen de sentido. Por otro lado, Ross argumentó que el razonamiento que tuviera como premisa a la norma que establece el procedimiento de reforma y como conclusión a la nueva norma reformada (que también establece el procedimiento de reforma) implicaría un absurdo, porque la premisa y la conclusión resultarían completamente contradictorias pues cada una de ellas regularía el procedimiento de reforma de una manera diferente.¹⁴

Esta segunda objeción de Ross plantea, a los efectos que nos interesa analizar aquí, el siguiente problema. Si una reforma constitucional no puede derivar su validez de las normas constitucionales vigentes en el momento de la reforma, entonces cada reforma implicaría, en verdad, la creación de un nuevo sistema, porque la nueva constitución no pertenecería al

¹² Los especialistas en lógica deóntica aluden también a otro sentido de norma dependiente. En efecto, para esa literatura también son normas dependientes aquellas que sean *consecuencia lógica* de las normas del sistema. Véase, por ejemplo, Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, 67-85, para una discusión sobre los dos sentidos. Para la noción de consecuencia lógica, véase Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1975), 84-89. Evitaré por ahora, para simplificar la exposición, referirme a este segundo sentido de norma dependiente.

¹³ En esta hipótesis, la regla de reconocimiento hartiana permitiría reconocer a las normas originarias, sin violar la asunción que se hace en el texto. Basta con considerar que dicha regla es externa al sistema lo cual, por otra parte, parece ser consistente con la forma en que el propio Hart veía las cosas. Véase, Hart, *El Concepto de Derecho*, 133-137. La regla de reconocimiento permitiría, entonces, identificar a un sistema mediante el reconocimiento de cuáles son sus normas supremas.

¹⁴ Alf Ross, "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional" en *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, trad. Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdéz, (México: Fontamara, 1993), 43-50.

mismo sistema que la constitución anterior. Esto por un lado parece contraintuitivo aunque, al mismo tiempo, tiene la ventaja de que, de ser así las cosas, el carácter supremo de las normas constitucionales se seguiría siempre del hecho de que ellas son las normas independientes de cada sistema.

En un trabajo seminal, Eugenio Bulygin señaló que el error en el argumento de Ross se encontraba en el hecho de que el autor danés no había incorporado en su análisis el factor tiempo. De ese modo, el razonamiento práctico supuestamente absurdo descrito por Ross no es tal, pues la norma que constituye la premisa y la norma que constituye la conclusión se aplican en tiempos distintos: la primera antes y durante la reforma constitucional, la segunda con posterioridad a ese hecho, y por ese motivo no hay contradicción alguna entre ellas.¹⁵

El análisis de Bulygin, entonces, nos demuestra que las normas constitucionales también pueden ser normas dependientes. Pero si este es el caso, se sigue de allí que las normas constitucionales no podrían ser supremas en el sentido que nos interesa, pues su pertenencia al sistema derivaría de los criterios establecidos por otras normas, i.e. las de la constitución originaria. Esto nos obligaría a admitir que solo la constitución originaria tiene supremacía, lo cual resulta manifiestamente contrario al uso habitual del concepto de supremacía.

Si queremos preservar la conexión entre las nociones de supremacía y pertenencia de las normas a un conjunto normativo, al mismo tiempo que ello nos permita dar cuenta del aspecto dinámico del derecho, debemos refinar nuestro enfoque. Para ello recurriremos a la distinción entre orden normativo y sistema normativo.¹⁶ Un sistema normativo consiste en un conjunto de normas en un momento determinado. Un orden normativo, en cambio, está constituido por una secuencia de sistemas normativos que se suceden a lo largo del tiempo. Dado que cualquier cambio normativo, sea la promulgación de una nueva norma o la derogación de una norma existente, implica *pasar* de un sistema a otro, los criterios de pertenencia a cada sistema no son aquellos vigentes en el sistema en cuestión, sino en el sistema inmediatamente anterior en el tiempo. Verbigracia, si tuviésemos un sistema integrado, en un momento T, por la Constitución y el Código Civil y, en ese momento T, el Congreso sancionase una nueva norma, por caso el Código Penal, entonces tendríamos un nuevo sistema, y la pertenencia del

¹⁵ Bulygin, "Tiempo y validez", 204-210. Para una discusión, véase Nino, *La Validez del Derecho*, "¿Puede un sistema jurídico generar su propia validez?", 79-88.

¹⁶ Dicha distinción está presupuesta en Bulygin en "Tiempo y validez", y fue presentada por primera vez en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía* 23 (1976): 3-23. La forma en que encaramos el problema es deudora del enfoque adoptado por Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*.

Código Penal al mismo dependerá de la Constitución tal como ella estaba vigente en el momento T, con total independencia del contenido de la Constitución en el momento T + 1.

En resumen, todas las normas que regulan los cambios normativos son las que permiten determinar cuándo se pasa de un sistema a otro. En otros términos, tales normas son las que permiten identificar a un sistema como perteneciente a un determinado orden jurídico. Definiremos, entonces, como supremas a las normas independientes del sistema original y, en cada sistema que lo suceda, a las normas independientes que no sean derogadas y a aquellas normas dependientes que sean promulgadas para reformar, modificar o para ocupar el lugar de las normas independientes.¹⁷ Para determinar cuándo se deroga una norma independiente o cuándo se promulga una norma que se agrega a las normas independientes, hay que tener en cuenta el procedimiento establecido en las propias normas independientes a ese fin, o el procedimiento que lo suceda cuando se haya producido la reforma de la norma que regulaba el procedimiento original.

Cabe recordar que las normas independientes establecen los procedimientos para crear a las otras normas, lo que determinará la pertenencia de ellas a los sucesivos sistemas normativos. A estas normas las llamamos normas dependientes. De acuerdo a la definición recién propuesta, las normas dependientes pueden ser, en algunos casos, supremas. Por lo tanto, consideraremos normas dependientes no supremas a todas aquellas que no fueron promulgadas a través del procedimiento previsto para modificar a las normas independientes, o al procedimiento establecido luego de reformar el procedimiento original diseñado para modificar a las normas independientes.

En cada momento, o sea en cada sistema de un orden normativo, existirán normas supremas, pues o bien subsistirán las normas independientes del sistema original, o bien existirán normas dependientes promulgadas para modificar, reformar u ocupar el lugar de las normas independientes. Ahora bien, aunque determinar la supremacía en este sentido resulta relevante para el control de constitucionalidad, para advertir dicha relevancia es necesario entender de qué forma la existencia de normas que determinan la pertenencia de otras normas a un sistema impacta en el razonamiento práctico de un juez. Ello nos obligará a analizar un último sentido de supremacía, relacionado con el concepto de aplicabilidad, para de ese modo tener un panorama completo que nos permita reconstruir tal razonamiento.

¹⁷ La formulación completa de la definición requeriría agregar que también se considerarán supremas a las normas dependientes que vengan a ocupar el lugar de las normas dependientes que hayan ocupado, a su vez, el lugar de una norma independiente.

iv) La supremacía en el contexto de aplicación de normas. Como anticipamos en el apartado anterior, existe un tercer sentido de validez normativa, vinculado a la noción de aplicabilidad. En este tercer sentido, una norma es válida si y solo si es aplicable a un caso. Los teóricos del derecho, sin embargo, suelen distinguir dos nociones de aplicabilidad.¹⁸ Por un lado, una norma es aplicable a un caso concreto si las propiedades presentes en el mismo constituyen una instancia de las propiedades que configuran el caso genérico con respecto al cual la norma correlaciona una determinada solución. A este primer sentido se lo denomina “aplicabilidad interna”. Por otro lado, se dice que una norma es aplicable a un caso concreto si, a su vez, existe otra norma que obliga al juez a aplicarla para resolver el caso en cuestión. Este segundo sentido, denominado “aplicabilidad externa”, presupone la aplicabilidad interna de la norma en cuestión.

Si dos normas son internamente aplicables a un caso, pero cada una de ellas lo correlaciona con soluciones normativas inconsistentes, entonces o bien el juez puede decidir cuál de ellas aplicar, o bien existen criterios que determinen cuál de tales normas deberá ser aplicada en preferencia a la otra. Si este es el caso, entonces dichos criterios explicitan relaciones jerárquicas entre las normas. La norma que gozará de preferencia en su aplicación tiene supremacía respecto de la otra. Los criterios que establecen las jerarquías normativas en el contexto de aplicación son normas que obligan al juez a aplicar esa norma. Por lo tanto, la norma suprema es aquella que resulta externamente aplicable al caso.

Cabe aclarar, sin embargo, que los criterios de aplicabilidad no se refieren solamente a supuestos de normas inconsistentes. En efecto, tales criterios pueden indicarle al juez, por ejemplo, los límites de su competencia material. En ese sentido, tanto la norma del Código Penal que impone una pena por la comisión del delito de lesión culposa como las normas del Código Civil que obligan a una persona que dañe físicamente a otra a pagarle una indemnización, resultan internamente aplicables a un accidente en el cual un automovilista atropella a un peatón, sin que haya tenido la intención de hacerlo. Sin embargo, en Argentina al menos, un juez civil solo puede aplicar las normas pertinentes del Código Civil, mientras que el juez penal puede aplicar las del Código Penal, y eventualmente las del Código Civil si la parte interesada hubiese incoado ante su estrado la acción civil. Esta diferencia se explica

¹⁸ Véase Bulygin, “Tiempo y validez”, 200-204; Pablo Navarro y José Juan Moreso, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía* 5 (1996): 125-128; Pablo E. Navarro et al., “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en *Analisi e Diritto 2000. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, eds. Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (Turín: Giappichelli, 2000), 133-135; Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, 58-66.

por la existencia de criterios de aplicabilidad que, en el ejemplo, no son otra cosa que las normas que regulan la competencia material de cada uno de esos jueces.

Algo similar puede ocurrir también en aquellos casos en los que la aplicabilidad de una norma no depende de la competencia material de un tribunal, sino de la competencia que se sigue de acuerdo a su nivel jerárquico. Así, por ejemplo, en un sistema de *common law*, un juez de primera instancia puede estar obligado a fallar conforme los precedentes de su tribunal de alzada, pero el máximo tribunal de ese país claramente no está obligado a seguir los precedentes de un tribunal inferior que, por hipótesis, es la alzada de aquel juez de primera instancia. El precedente del tribunal intermedio, entonces, es externamente aplicable para el juez de primera instancia pero no para el máximo tribunal.¹⁹

La existencia de criterios de aplicabilidad también permite descartar una idea que aparece habitualmente en la reconstrucción de la actividad judicial que proponen muchos juristas, a saber, que la solución de los casos debe fundarse en las normas pertenecientes al sistema en el momento en que se resuelve el caso. En efecto, los criterios de aplicabilidad pueden determinar que el juez debe resolver el caso tomando en consideración las normas pertenecientes al sistema que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos del caso. En otras ocasiones, como ocurre con el principio de la ley penal más benigna, las normas con las que el juez debe resolver el caso pueden no pertenecer ni al sistema vigente en el momento en que ocurrieron los hechos del caso, ni tampoco el que esté vigente al momento de dictar sentencia, sino en un tercer sistema ubicado temporalmente en algún momento entre ellos dos.

También es importante tener en cuenta que los criterios de aplicabilidad pueden obligar al juez a aplicar normas que en ningún momento pertenecieron a ninguno de los sistemas que componen el orden jurídico. Ello es lo que ocurre cuando el juez debe resolver un caso aplicando las disposiciones incluidas en un contrato. O en aquellos casos en los que se produce lo que en la jerga del derecho internacional privado se conoce como “reenvío” a las normas que pertenecen al sistema de otro país. Aunque resulta más discutible, podría concebirse también que, en base a algún criterio de aplicabilidad, los jueces deban aplicar normas morales que no pertenecen a ninguno de los sistemas que integran el orden jurídico.

Debe señalarse, por último, que los criterios de aplicabilidad también pueden resultar externamente aplicables. Esto es que existen otros criterios, de orden superior, que determinan

¹⁹ El ejemplo está tomado de Wilfrid J. Waluchow, *Positivismo Jurídico Incluyente*, trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone (Madrid: Marcial Pons, 2007), 63-64.

su aplicabilidad. Obviamente esto plantea un problema conocido. O bien se cae en un regreso al infinito, pues la aplicabilidad de cada orden de criterios exigiría la existencia de otro orden superior, o bien se admite que existen criterios últimos que no son externamente aplicables. Tales criterios últimos sí deben pertenecer al sistema normativo vigente en el momento en que el juez debe resolver un caso.

Cabe destacar que, para establecer esa pertenencia, el juez debe, en última instancia, recurrir a las normas definidas como supremas en el apartado anterior. Por lo tanto, las normas supremas en el sentido (iii) tampoco son externamente aplicables, pues precisamente para identificar a los criterios últimos de aplicabilidad es necesario recurrir a los criterios últimos de pertenencia al sistema. Esto no obsta, sin embargo, a que una vez que estén identificados los criterios de aplicabilidad, uno de estos establezca la obligación del juez de aplicar a las normas supremas en sentido (iii) en la resolución de casos. Esto implica, entonces, que las normas supremas en sentido (iii) configuran, en un primer momento, una herramienta epistemológica, pues le permiten al juez identificar los criterios últimos de aplicabilidad.²⁰ Sin embargo, ellas solo tendrán un papel decisivo en la resolución de un caso judicial si, a su vez, existe algún criterio de aplicabilidad que obligue a los jueces a considerarlas como fundamento para decisiones. Por lo tanto, conviene ahora retomar la discusión sobre las normas inconsistentes y las diferentes formas en que los criterios de aplicabilidad pueden regular tales situaciones.

Así las cosas, podría ocurrir que los criterios de aplicabilidad contenidos en un sistema normativo establezcan que una norma siempre debe ser aplicada en todo caso (con respecto al cual sea internamente aplicable), con preferencia a cualquier otra norma con la que resulte inconsistente. En tal caso, la aplicabilidad de la norma será *inderrotable*. Si no existiese ningún criterio de aplicabilidad que establezca tal cosa con respecto a una norma, entonces puede darse un caso en el cual otra norma tenga preferencia en cuanto a su aplicación sobre aquella. En tal supuesto, la aplicabilidad de la norma será *derrotable*. Las normas cuya aplicabilidad es *inderrotable* son siempre supremas, mientras que aquellas cuya aplicabilidad

²⁰ ¿Por qué un juez debería valerse tanto de las normas supremas en sentido (iii) como de los criterios últimos de aplicabilidad en ausencia de normas que lo obliguen a ello? Como fue sugerido más arriba, la existencia de una regla de reconocimiento no es interna al sistema normativo, sino que es externa a él. Sea que se la interprete derechamente como una norma moral o que se la infiera de una práctica social (y al mismo tiempo se defienda la existencia de un principio que le otorgue valor a las prácticas sociales), solo si se considera a la regla de reconocimiento como una razón para la acción será posible justificar que el juez se base en las normas supremas en sentido (iii) o en los criterios últimos de aplicabilidad. Esta circunstancia, sin embargo, no vuelve externamente aplicables a los criterios últimos de aplicabilidad. Véase Navarro et. al., “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, 150.

puede ser derrotada en ciertas ocasiones lo serán solo en aquellos otros casos en que ellas derroten la aplicabilidad de otras normas, sin ser ellas a su vez derrotadas.

Por último, si no hay criterios de aplicabilidad que permitan resolver un conflicto entre normas inconsistentes, entonces la aplicabilidad de dichas normas no será derrotable ni tampoco inderrotable. Sin embargo, es importante destacar que la derrotabilidad, tal como fue definida, no se agota en la existencia de criterios de aplicabilidad. Una norma inconsistente con otra puede derrotar también en su aplicación a la segunda cuando aquella instancie una razón para la acción (o un balance de razones para la acción) que tenga más peso o fuerza que la razón (o el balance de razones) con respecto a la cual la segunda norma constituye una instancia. Tal como vimos, esto es lo que ocurre en los casos en que se considera que una norma es más valiosa que otra, según algún criterio axiológico, y por lo tanto debe considerarse suprema en relación a la otra. Típicamente esta es la situación que se da en los supuestos de conflictos entre normas constitucionales. En estos casos, si existe una jerarquía inamovible de razones, entonces aquella razón que esté en la cúspide de tal orden jerárquico será inderrotable. Si no hay tal cosa como una jerarquía inamovible, entonces todas las razones revisten un carácter *prima facie*, es decir que son derrotables.

Ambos tipos de derrotabilidad tienen el mismo efecto: la norma derrotada no será aplicada por un juez en la resolución de un caso, mientras que la norma “victoriosa” sí lo será. La diferencia, sin embargo, es sustancial. Si la aplicabilidad de una norma es derrotada por la existencia de un criterio de aplicabilidad, entonces dicha consecuencia se sigue del propio sistema normativo. En el otro supuesto, en cambio, una norma desplaza a otra en virtud de un principio de razonabilidad práctica que exige dar preferencia a las razones que tengan mayor peso. En el primer caso, un juez carece de discreción para determinar cuál norma debe aplicar, pues existe una que es externamente aplicable. En el segundo, tiene discreción en sentido débil, i.e. debe utilizar su juicio para establecer cuál de las dos normas insta a la razón que tenga mayor peso, pues ninguna norma es externamente aplicable.²¹

Por lo tanto, frente a la existencia de normas inconsistentes una autoridad normativa podría: a) derogar una de las normas; b) reformar las normas, determinando que una resulta una excepción de la otra; c) establecer una jerarquía entre ellas, introduciendo en el sistema un criterio de aplicabilidad que le otorgue preferencia a una respecto de la otra; d) introducir en

²¹ Para la distinción entre diferentes sentidos de discrecionalidad, véase Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Guastavino (Barcelona: Ariel, 1984), 83-94.

el sistema una norma que le otorgue al juez discreción en sentido fuerte para determinar cuál norma aplicar; e) no regular la cuestión en ninguno de los sentidos anteriores, de forma tal que el juez tendrá discreción en sentido débil para determinar cuál de las dos normas se funda en la razón (o en el balance de razones) que tenga mayor peso. Si dos normas inconsistentes fuesen externamente aplicables en base a dos diferentes criterios de aplicabilidad, será necesario recurrir a un criterio de orden superior que adjudique la cuestión. Si no existiera tal cosa, el juez deberá optar por uno de los criterios en forma similar a la descripta en el supuesto e).

Las opciones a) y b) modifican el sistema normativo y tienen un impacto directo en los derechos y obligaciones de las personas sometidas a dicha autoridad. Los supuestos c) y d) modifican el sistema del juez, esto es el conjunto de normas que regulan la conducta de los jueces en tanto jueces.²² Esta distinción demuestra, entonces, que una autoridad puede proveer de razones para la acción a las personas sujetas a su jurisdicción, pero también, a través de los criterios de aplicabilidad, puede proveer a los jueces de razones que les permitan justificar sus decisiones.

Diremos, entonces, que toda norma que sea externamente aplicable y que resulte decisiva para la solución de un caso tiene fuerza institucional.²³ El carácter decisivo dependerá del hecho de que o bien ella sea la única razón externamente aplicable, o bien que ella derrote la aplicabilidad de otras normas externamente aplicables que sean inconsistentes con ella. En este último caso, el carácter decisivo dependerá de la circunstancia de que exista un criterio de aplicabilidad de orden superior que adjudique el conflicto que se plantea entre los criterios de orden inferior que vuelven aplicables a las normas inconsistentes o, si no hay tal criterio de orden superior, que uno de los criterios de aplicabilidad sea una instancia de una razón que tenga más peso que la razón que se instancia en el restante criterio.²⁴ La fuerza institucional

²² Sobre el sistema del juez, véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 208-211. Cabe destacar, sin embargo, que la identificación de los criterios de aplicabilidad, aunque atañe principalmente a la determinación de los deberes de los jueces, tiene también un impacto en la identificación de los derechos y obligaciones de los individuos. En ese sentido, véase Navarro y Moreso, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", 131-133.

²³ En general, el término fuerza institucional suele utilizarse para caracterizar a las normas que pueden servir como fundamento para una decisión judicial. En ese sentido, cualquier norma externamente aplicable tendría fuerza institucional. Aquí le agregamos a esa noción el atributo de que la norma en cuestión sea decisiva para la solución del caso.

²⁴ Si hubiese una norma que le otorga discreción al juez para optar por cualquiera de los criterios, entonces dicha norma le otorga fuerza institucional a la decisión del juez, cualquiera que ella sea. Cabe destacar que si las dos normas inconsistentes son externamente aplicables en virtud de criterios de aplicabilidad que instancian sendas razones de igual peso, entonces ninguna de las normas tiene fuerza institucional.

no debe ser confundida con la fuerza obligatoria, aunque ambas pueden coincidir en caso de que la norma que tenga fuerza institucional sea, además, justa.²⁵

De ese modo, en el contexto de la aplicabilidad de las normas, una norma es suprema si y solo si, *con relación a todos los casos* en los que sea aplicable, ella tiene fuerza institucional.

1.2 Supremacía constitucional, rigidez y control.

i) Dos sentidos de supremacía constitucional. En general, suele decirse que la aplicabilidad de las normas constitucionales es inderrotable. Sin embargo, es bien sabido que, en casos de conflictos *entre* tales normas, no es para nada extraño que una derrote a la aplicación de la otra. Por lo tanto, parecería que la aplicabilidad de muchas normas constitucionales, si no de todas, es derrotable. Esto implica, entonces, que tales normas carecerían de fuerza institucional en todos los casos en que resultan aplicables, y por lo tanto no serían supremas en sentido (iv). En general el concepto de supremacía constitucional no busca tanto dar cuenta de las relaciones entre las normas constitucionales entre sí, sino, más bien, de las que existen entre ellas y el resto de las normas. Por lo tanto, postularemos que un determinado orden jurídico tiene supremacía constitucional *en un sentido fuerte* si, en virtud de los criterios de aplicabilidad contenidos en él, existen normas supremas, en el sentido (iii), cuya aplicabilidad es inderrotable frente a cualquier otra norma del sistema que no sea suprema en el sentido (iii). Esto implica que las normas constitucionales tienen una fuerza institucional relativa en todos aquellos casos en los cuales no entren en conflicto con otras normas constitucionales.

Como analizamos en el apartado (iii), en general todo orden normativo incluye sistemas que, a su vez, contienen normas supremas en el sentido allí definido. Por lo tanto, siempre que existan normas que establezcan criterios de pertenencia a un sistema, dichas normas serán supremas *en un sentido débil*.

El sentido fuerte de la supremacía se refiere, en definitiva, a la existencia de normas que vuelvan externamente aplicables a las normas constitucionales. Esto presupone, a fin de cuentas, un sistema de control de constitucionalidad de las normas, pues los criterios de aplicabilidad son normas que, por definición, regulan la actividad judicial. Pero, mientras que la supremacía en un sentido débil parece ser un rasgo necesario de los órdenes normativos, la supremacía en un sentido fuerte parece ser una característica meramente contingente, pues

²⁵ Véase la discusión sobre la noción de fuerza obligatoria de las normas en el apartado (iii).

ella estará presente solo en aquellos sistemas en los cuales existan normas que determinen la aplicabilidad externa de las normas constitucionales, y que además establezcan su inderrotabilidad frente a cualquier otra norma que no sea suprema en sentido débil.

En definitiva, el sentido de supremacía en sentido débil no exige con carácter necesario la existencia de un sistema de control de constitucionalidad. El sentido fuerte de supremacía, a su vez, presupone necesariamente un sistema tal, pues se asume que el orden jurídico contiene normas que obligan a los jueces a aplicar normas constitucionales en la resolución de casos. Es importante destacar, sin embargo, que también es concebible un sistema en el cual las normas constitucionales tengan supremacía en el sentido (iii), resulten externamente aplicables a un caso y que, sin embargo, no exista un criterio de aplicabilidad que les otorgue supremacía en el sentido (iv). Se desprende de ello, entonces, que la supremacía en sentido fuerte presupone la aplicabilidad judicial de las normas constitucionales, pero dicha aplicabilidad no conduce necesariamente a la supremacía en sentido fuerte.

ii) Supremacía constitucional y rigidez. La situación descrita en el párrafo anterior puede ejemplificarse fácilmente con el caso de una constitución que pueda ser reformada a través del mismo procedimiento que una ley ordinaria. En tal supuesto, un juez podría aplicar las normas constitucionales para resolver un caso. Para ello sería necesario que exista una norma que lo habilite a hacer tal cosa. Sin embargo, si el congreso sancionase una ley que contuviera disposiciones inconsistentes con la constitución, sin manifestar que su intención haya sido reformar la constitución, y no existiese ningún criterio en el sistema normativo que determine la preferencia de las normas constitucionales en la resolución del caso, entonces las normas constitucionales serán supremas en sentido (iii). Esto es así pues permiten identificar a la ley como perteneciente a un sistema que integra el orden jurídico, y tanto las normas de la constitución como las de la ley son, por hipótesis, externamente aplicables en la solución del caso; pero, al no existir un criterio que le otorgue fuerza institucional a la constitución, el juez podría darle preferencia a la aplicación de la ley.

¿Se sigue de dicho argumento que existe una conexión necesaria o conceptual entre la supremacía en sentido fuerte de una constitución y su rigidez? Muchos constitucionalistas parecen pensar que la respuesta a tal interrogante es afirmativa. Así, por ejemplo, Néstor Sagüés afirma que la rigidez significa que una constitución no puede ser reformada por el mismo procedimiento que una ley ordinaria, en cuyo caso “la constitución rígida es *superley*,

y adquiere *supremacía*²⁶ [énfasis añadido]. En esta concepción, la supremacía sería una consecuencia de la rigidez.

Tal forma de encarar las cosas, sin embargo, es errada. La inmodificabilidad de las normas constitucionales no explica el carácter supremo de la constitución. En efecto, que una constitución pueda o no ser reformada no tiene ninguna incidencia en el sentido débil de supremacía. Ello es así porque las normas que permitan determinar la pertenencia de las otras normas a un sistema que integra un orden jurídico se consideran supremas. El procedimiento de reforma de la constitución tendrá una eventual incidencia para establecer, precisamente, la identidad de las normas que se consideran supremas. Evidentemente, no prever un mecanismo especial de reforma constitucional puede llevar a que sea muy difícil en la práctica distinguir a las normas supremas en sentido débil de las que no lo son. Pero dicha dificultad epistemológica no debe ser confundida con imposibilidad conceptual.

La inmodificabilidad de la constitución, a su vez, tampoco explica el carácter supremo en sentido fuerte de las normas constitucionales. Una vez determinadas cuáles son las normas supremas en sentido débil, la supremacía fuerte sencillamente alude al hecho de que existe una norma que obliga a los jueces a aplicar aquellas normas para la resolución de casos y que, además, ellas tienen siempre fuerza institucional en cualquier caso en el cual no resulten externamente aplicables otras normas constitucionales con las que sean inconsistentes. Si no se dan estas condiciones, una constitución puede ser irreformable, y aun así no tendrá supremacía en sentido fuerte. Por lo tanto, no existe ninguna conexión necesaria entre la supremacía de una constitución y su rigidez.

1.3 Supremacía y control: una reconstrucción del razonamiento práctico judicial

Como vemos, la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad no es el resultado necesario de la existencia de una constitución escrita y rígida. Más bien, la opción por un sistema tal es un resultado contingente, explicable en términos históricos por las consideraciones políticas que guiaron a los actores que diseñaron los respectivos esquemas institucionales. Es dicho carácter político el que motiva el debate en torno a lo que, al menos desde la década del sesenta del siglo pasado, se conoce como la objeción contramayoritaria al

²⁶ Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, 52-53. Aunque en forma un poco menos categórica, otros autores defienden una posición similar. Véase, por ejemplo, Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada I*, 335-336.

control judicial de constitucionalidad.²⁷ En verdad, tirios y troyanos parecen intercambiar argumentos respecto de si existen buenas razones para contar con un mecanismo de control de constitucionalidad y, en su caso, qué alcance o extensión debe tener tal mecanismo.

Si bien en el último apartado del presente trabajo diremos algo con respecto a la plausibilidad normativa del control de constitucionalidad, creemos que, en términos metodológicos, es importante primero entender de la mejor manera posible en qué consiste el control, cómo funciona en la práctica y reconstruir el razonamiento práctico implicado en su ejercicio. La reconstrucción de tal razonamiento debe seguir de cerca las prácticas concretas mediante las cuales el control de constitucionalidad se desarrolla en cada país. Adoptar esa perspectiva metodológica permitirá solucionar muchos de los malentendidos que aparecen implicados en la discusión sobre el control.

En ese sentido, la explicación desarrollada en las páginas anteriores respecto del concepto de supremacía nos permitirá contar con un instrumental analítico lo bastante potente como para acercarnos al análisis del funcionamiento del control de constitucionalidad en la Argentina. De ese modo, procuraremos demostrar que los jueces cuando dicen ejercer dicho control realizan, en verdad, diferentes actividades.

2. Las variedades de control

2.1 La concepción de la inconstitucionalidad como inconsistencia lógica

²⁷ Véase la obra clásica de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven: Yale University Press, 1986), 16-23. Para algunas obras relevantes en el debate posterior, véase John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*, trad. Magdalena Holguín (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997); Bruce Ackerman, *La Política del Diálogo Liberal*, trad. Gabriela L. Alonso (Barcelona: Gedisa, 1999), 145-215; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, trad. Roberto P. Saba (Barcelona: Gedisa, 2003), 258-295; Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Trotta, 2005), 311-361; Bruce Ackerman et. al., *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991); Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial* (Buenos Aires: Ariel, 1996); Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996), 1-38; Juan Vicente Sola, *Control Judicial de Constitucionalidad* (Buenos Aires: LexisNexis, 2006); Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga (Madrid: Marcial Pons, 2005), 251-372. Para dos aportes más recientes al debate, ver Wilfrid J. Waluchow, *Una Teoría del Control Judicial de Constitucionalidad basada en el 'Common Law': Un Árbol Vivo*, trad. Pablo de Lora (Madrid: Marcial Pons, 2009); Richard Bellamy, *Constitucionalismo Político. Una Defensa Republicana de la Constitucionalidad de la Democracia*, trad. Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz (Madrid: Marcial Pons, 2010).

De acuerdo con una concepción tradicional sobre el control de constitucionalidad, una norma es inconstitucional si su contenido resulta lógicamente inconsistente con el de otra norma de jerarquía superior a ella. Esta posición fue defendida por Hamilton en el número setenta y ocho de *El Federalista*, cuando afirmó que la independencia del poder judicial era esencial en un régimen constitucional que impusiera límites al poder legislativo. Hamilton indicó que dichas limitaciones “solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos a todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”²⁸.

Por cierto, las palabras de John Marshall en su famosa opinión en el caso *Marbury v. Madison* parecen apuntar en el mismo sentido. En efecto, para Marshall un conflicto constitucional se reduce a la siguiente situación: “Entonces, si una ley fuese contraria a la Constitución, y si tanto la ley como la Constitución resultasen aplicables a un caso particular, de modo tal que la Corte debiera o bien decidir el caso de conformidad con la ley, dejando de lado la Constitución, o bien de acuerdo con la Constitución, descartando la ley, entonces la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto gobierna el caso. Tal es la esencia de la función judicial”²⁹ [traducción propia].

En ese sentido, una respetable tradición dentro del derecho constitucional, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina, sostiene que una norma solo puede ser declarada inconstitucional si el legislador hubiese cometido un error claro y evidente.³⁰ Esta visión, al igual que las de Hamilton y Marshall, presupone entonces que el control de constitucionalidad se reduce a encontrar inconsistencias entre normas, que deben ser lo suficientemente obvias como para estar más allá de “cualquier discusión racional”.

Ahora bien, ¿qué se entiende por normas inconsistentes? Si una norma N1 correlaciona un caso C con una solución S1, tal que si ocurre un evento que sea una instancia de C, entonces, por ejemplo, una persona deberá pagarle a otra una indemnización, dicha norma resultará inconsistente con otra norma N2 que correlacione al caso C con una solución S2 tal que frente

²⁸ Alexander Hamilton, “El Federalista, 78”, en Alexander Hamilton et al., *El Federalista*, trad. Gustavo R. Velasco (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), 331.

²⁹ “Marbury v. Madison”, 5 US 137 (1803), 178: “So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty”.

³⁰ Véase James Bradley Thayer, “The origins and scope of the American doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7 no. 3, (October 1893):129.

a dicho evento, para esa misma persona resultará facultativo pagarle a la otra la indemnización. Las normas son inconsistentes porque una (N1) obliga a pagar una indemnización, mientras que la otra (N2) faculta a dicha persona tanto a pagar como a no pagar la indemnización.

Esta concepción, sin embargo, presenta varias dificultades derivadas de su excesiva simpleza e ingenuidad cuando se la pretende aplicar al derecho constitucional. Como una objeción general podemos señalar, en primer lugar, que el control de constitucionalidad no es simplemente una búsqueda de normas inconsistentes. Se trata, en verdad, de una práctica mucho más compleja. Esa complejidad queda evidenciada, en segundo lugar, por el hecho de que el control de constitucionalidad no se reduce a una labor “destructiva”, sino que tiene una dimensión “constructiva”. No se trata solo de declarar la inconstitucionalidad de normas inconsistentes con la constitución, sino también de escoger entre diferentes interpretaciones posibles de las normas infraconstitucionales o, en su caso, de determinar el alcance de las propias normas constitucionales. Se sigue de ello, entonces, que la circunstancia de que el juez no declare en una sentencia la inconstitucionalidad de norma alguna no quiere decir que no haya ejercido el control de constitucionalidad. Finalmente, aun en aquellos casos en los que sí se declara la inconstitucionalidad de una norma, esa declaración no se fundamenta necesariamente en una inconsistencia como la que presupone la concepción tradicional, sino que puede derivarse de otras dificultades.

Para clarificar la cuestión, podemos proponer una distinción entre: i) normas que otorgan competencia a una autoridad para crear normas, ii) normas que regulan procedimientos para crear normas, iii) normas que establecen las materias o contenidos dentro de los cuales (o con exclusión de los cuales) la autoridad podrá crear normas.³¹

La Constitución Nacional Argentina (CN), por ejemplo, le otorga competencia al Presidente para concluir y ratificar tratados internacionales (i). Tales competencias no están sujetas a un procedimiento demasiado específico. Sin embargo, la ratificación de un tratado requiere que el Congreso previamente haya aprobado el tratado en cuestión (ii). Finalmente, en virtud del artículo 27 CN, los tratados no pueden contravenir “los principios de derecho público” establecidos en la Constitución, de forma tal que el Presidente solo puede ratificar tratados que satisfagan esa conclusión (iii).

³¹ Véase Juan Ruiz Manero, “Una tipología de las normas constitucionales”, en *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, eds. Josep Aguiló Regla et al. (Madrid: Iustel, 2007), 103-107.

La concepción tradicional solo resultaría aplicable con claridad al supuesto (iii), pues en ese caso sería necesario comparar el contenido del tratado con los principios de derecho público consagrados por la Constitución para detectar la existencia de inconsistencias. Pero en los supuestos (i) y (ii) el contenido del tratado es indiferente para establecer si el mismo es inconstitucional o no. Si quien ratifica el tratado es el Ministro de Relaciones Exteriores, sin que exista ninguna norma del Presidente en ese sentido, entonces se viola el requisito (i). Y si el Presidente intenta ratificar un tratado que no haya sido aprobado por el Congreso, entonces se viola el requisito (ii). En ninguno de estos supuestos, sin embargo, la inconstitucionalidad se deriva de una inconsistencia como la que describe la concepción tradicional.

En este apartado analizaremos, en forma para nada exhaustiva, distintos supuestos en los que se ejerció el control de constitucionalidad para ejemplificar la diversidad de formas que asume el control en la práctica.³²

2.2 Control sobre la reforma constitucional: el caso *Fayt c. Estado Nacional*

Como explicamos, las normas supremas de un sistema se definen, en el sentido (iii), por el hecho de ser ellas las que establecen los criterios de pertenencia de las normas a un sistema que forma parte de un orden jurídico. Sin embargo, también dijimos que, dejando de lado el caso de las normas originarias, las normas supremas también pueden tener un carácter derivado. Esto implica que para establecer si una norma N es suprema, entonces ella o bien es una norma originaria o bien es una norma derivada que ocupa el lugar de una norma originaria, y que fue creada satisfaciendo los criterios de pertenencia vigentes al momento de su sanción. Si, como vimos también, las normas supremas en sentido (iii) resultan externamente aplicables, entonces un juez puede aplicarlas para resolver un caso.

Una situación de estas características tuvo lugar en el caso *Fayt*³³. La Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, establecía varias garantías concebidas para proteger la independencia del poder judicial frente a los restantes poderes. Una de tales garantías era la de la inamovilidad. En virtud de la misma, los jueces debían permanecer en su cargo mientras mantuviesen una “buena conducta”. Por cierto, los jueces podían retirarse voluntariamente, en caso de renuncia o de que decidieran jubilarse, y en los supuestos en que no existiese esa

³² Para un trabajo en el que se analizan diferentes los diferentes criterios o *tests* que utiliza la Corte Suprema cuando ejerce el control de constitucionalidad, véase Mariano Florencio Grondona, “Exámenes de Constitucionalidad”, *La Ley D* (2004): 1235;1245 (*LL*, 2004-D-1235,1245).

³³ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional”, 1999, *Fallos* 322:1641.

buena conducta (la determinación de tal circunstancia requería de la sustanciación de un juicio político). La reforma de 1994, sin embargo, sin modificar expresamente la disposición que establecía la garantía de la inamovilidad, incluyó una cláusula en el texto de la Constitución en virtud de la cual los jueces federales, al cumplir los setenta y cinco años de edad, requerían del otorgamiento de un nuevo acuerdo por parte del Senado para permanecer en sus funciones. Además, dicho acuerdo debía ser renovado cada cinco años a partir de los setenta y cinco.

Carlos Fayt, juez de la Corte Suprema que ya tenía setenta y cinco años al momento en que entraron en vigencia las modificaciones introducidas por la reforma de 1994, interpuso una acción declarativa de certeza para que se determine si, en su caso, era necesario el otorgamiento del acuerdo previsto en la reforma o, en cambio, si su situación seguía estando regulada por el régimen previo que no preveía tal requisito. Fayt obtuvo sentencia favorable en las instancias inferiores, lo que motivó la interposición de un recurso extraordinario por parte de la demandada.

En lo que aquí interesa la Corte Suprema declaró la nulidad de la nueva regulación introducida por la reforma de 1994. Para ello, sostuvo que las facultades de la convención reformadora están limitadas jurídicamente por otras normas, entre ellas por la ley de declaración de necesidad de la reforma. Tal limitación se funda, a su vez, en el artículo 30 CN. Aquella ley establecía cuáles eran las *materias habilitadas* con respecto a las cuales la convención podía decidir introducir reformas. A juicio de la Corte, la ley que declaró la necesidad de la reforma no había habilitado a la convención a modificar los alcances de la garantía de la inamovilidad de los jueces. Dado que la nueva disposición incluida por la convención alteraba el contenido de dicha garantía, pues establecía una nueva causal por la cual los jueces podían ver obstaculizada su continuidad en el cargo por razones ajenas a su voluntad sin que se alegase su mal desempeño, la Corte estimó que la convención había actuado fuera de su ámbito de competencia.

En resumen, la Corte confirmó la sentencia de la instancia inferior que había hecho lugar a la demanda interpuesta por Fayt. Como vemos, la Corte utiliza las normas supremas en sentido (iii), en este caso el artículo 30 CN, para determinar si la modificación introducida en 1994 a la garantía de la inamovilidad de los jueces, plasmada en el artículo 99.4 CN, pertenece o no al nuevo sistema normativo existente con posterioridad a la reforma. La respuesta a tal interrogante resulta negativa: el artículo 99.4 CN no satisface los criterios de pertenencia al

sistema. Sin embargo, para que la demanda interpuesta por Fayt resulte procedente, es necesario agregar, además, que los tribunales, en el momento de resolver casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Por lo tanto, la invocación del artículo 30 CN permite fundamentar la solución dada al caso: las modificaciones efectuadas sobre normas que integren las materias que no fueron habilitadas en la ley de declaración de necesidad de la reforma *no deben* ser aplicadas por los jueces. El artículo 99.4 CN, entonces, es inválido en un doble sentido: por un lado, no pertenece al sistema jurídico que tuvo lugar después de la reforma, mientras que por el otro lado, resulta inaplicable para los jueces en la solución de casos. El artículo 30 CN no opera en el caso *Fayt* solamente como un criterio de pertenencia al sistema, sino también como un criterio de aplicabilidad, pues determina la inaplicabilidad de la modificación normativa.

2.3 Federalismo (I)

La Constitución establece una distribución de competencias entre dos órdenes de gobierno, el federal o nacional, por un lado, y el local o provincial, por el otro. Una clasificación completa de las diferentes competencias atribuidas a cada nivel de gobierno excede los objetivos de este trabajo. Aquí será suficiente demostrar cómo opera el razonamiento judicial en, al menos, dos situaciones relevantes. Una de ellas tiene lugar cuando uno de los niveles de gobierno ejerce competencias que están asignadas en forma exclusiva al otro. En el otro supuesto, que analizaremos en el siguiente apartado, uno de los órdenes de gobierno ejerce una competencia que tiene asignada pero, al hacerlo, interfiere indebidamente con las competencias atribuidas al otro nivel.

El caso *Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c. Provincia de Santa Fe*³⁴ constituye un ejemplo del primer supuesto. La provincia de Santa Fe había dictado una ley mediante la cual se estableció una cantidad máxima de horas de trabajo semanales para las personas que trabajasen en relación de dependencia. Una sociedad comercial interpuso una acción declarativa de certeza, solicitando se declare la inconstitucionalidad de dicha ley. La Corte, que entendió en la causa en forma originaria, hizo lugar a la pretensión de la accionante y declaró que la ley provincial era, en el punto cuestionado, inconstitucional pues, a juicio del tribunal, la cantidad de horas de trabajo configura un elemento esencial de la relación laboral y, por lo tanto, la regulación de dichos aspectos recae exclusivamente sobre el Congreso de la

³⁴ CSJN, “Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe”, 1986, *Fallos* 308:2569.

Nación que tiene asignada la competencia para dictar normas sustanciales sobre derecho del trabajo, competencia esta, a su vez, cuyo ejercicio la Constitución le prohíbe expresamente a las provincias. En este caso, tanto el artículo 75.12 CN, que le confiere competencia al Congreso de la Nación para dictar las “normas de fondo”, entre las que están las de derecho del trabajo, como el artículo 126 CN, que le prohíbe a las provincias dictar “normas de fondo”, operan como criterios de aplicabilidad que vuelven inaplicable la norma provincial.

2.4 Federalismo (II)

En determinadas circunstancias ocurre que una provincia ejercita una atribución que sí tiene constitucionalmente asignada, pero puede plantearse un caso concreto en el cual su aplicación resulte inconsistente con la aplicación de una norma federal, que el Congreso de la Nación dictó también en ejercicio de las competencias que le otorga la Constitución. Una situación de esta naturaleza se planteó en el caso *Boto, Armando c. Obra Social Conductores de Transporte Público de Pasajeros*³⁵.

En dicha oportunidad, la provincia de Buenos Aires dictó una ley que establecía honorarios mínimos para los médicos que se desempeñaran en relación de dependencia dentro del territorio provincial. En precedentes anteriores, la Corte Suprema había determinado que el dictado de tales normas por parte de las provincias constituía un ejercicio válido del poder de policía que se habían reservado los gobiernos locales para regular las profesiones liberales, sin que obstara a ello el hecho de que los profesionales en cuestión trabajasen en relación de dependencia. Un médico que trabajaba para una obra social inició un reclamo judicial por diferencias salariales, solicitando que se condenara a su empleador al pago de la diferencia existente entre las sumas efectivamente abonadas y las que debería haber recibido en virtud de la aplicación de la ley local.

En las instancias ordinarias, se hizo lugar a la demanda. Disconforme, la accionada interpuso un recurso extraordinario federal. La Corte hizo lugar al recurso y revocó la sentencia del inferior. Para decidir de esa manera el Tribunal recordó que las provincias podían legítimamente regular los aranceles y honorarios de los profesionales liberales, aun cuando éstos trabajasen en relación de dependencia. Sin embargo, en el caso particular, la demandada era una obra social, entidades estas reguladas por sendas leyes federales dictadas por el

³⁵ CSJN, “Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Público de Pasajeros”, 1997, *Fallos* 320:786.

gobierno federal en ejercicio de las competencias asignadas por el art. 75 inc. 18 CN, esto es, el poder de policía de bienestar. Frente a este contexto, la Corte afirmó que la aplicación de una norma provincial dictada dentro de los poderes constitucionalmente asignados a la provincia no debe resultar incompatible con la aplicación de una norma dictada por el gobierno federal dentro de los poderes constitucionalmente asignados al gobierno federal.

El Alto Tribunal sostuvo que la aplicación de ambas normas al caso resultaba incompatible, pues la ley de obras sociales establece que ellas se financian con aportes que realizan sus afiliados en todo el país, al tiempo que están obligadas a tener una administración centralizada de sus recursos. Las remuneraciones de los médicos forman parte de su estructura de costos y si se aplicase la norma de la provincia de Buenos Aires, ello implicaría un incremento general de los costos de la obra social demandada en un distrito en particular, el cual deberá ser solventado con los aportes provenientes de los afiliados que viven en otras provincias. La Corte entendió que esta situación se traduciría en una interferencia indebida de la norma local con los fines federales que persiguió el Congreso Nacional al crear un sistema de obras sociales. Por lo tanto, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial.

Como vemos, en este caso la norma dictada por la provincia de Buenos Aires satisface los criterios de pertenencia, pues ella fue sancionada dentro del ámbito de competencias propio del gobierno local, pero, en cambio, no satisfizo los criterios de aplicabilidad: aunque la norma provincial, como principio, es constitucional, no lo es su aplicación a las obras sociales reguladas por una ley federal. Esto diferencia a casos de este tipo de los casos del estilo de *Fábrica Argentina de Calderas*. En este último precedente, la inconstitucionalidad de la norma se sigue de la total carencia de atribuciones para dictarla.

2.5 Derechos constitucionales

Hasta ahora, nos venimos moviendo en el ámbito de la distribución de competencias. Sin embargo, la Constitución, además de establecer un diseño institucional de división de poderes, también confiere una serie de derechos en forma universal a diferentes grupos. Por solo mencionar a dos de esos grupos, la Constitución alude a los derechos de los “habitantes” en su artículo 14 y a los derechos de los “extranjeros” en su artículo 20. Los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 CN, a su vez, confieren derechos a todos los seres humanos.

Ahora bien, las normas que confieren derechos son, en verdad, bastante complejas. El término “derecho subjetivo” puede abarcar un enorme abanico de relaciones jurídicas diversas.³⁶ Un análisis de la noción de derecho subjetivo escapa al objeto de este trabajo. Sin embargo, con el fin de demostrar la variedad de formas de control de constitucionalidad que existe en la práctica, me detendré en dos casos en los cuales la Corte ejerció el control de constitucionalidad, no para determinar el alcance de las competencias entre poder reformador y poder constituido o entre gobierno federal y gobierno local, sino para evaluar si una determinada acción estatal afectaba o no indebidamente un derecho constitucional.

En forma simplificada, asumiré que las normas que confieren derechos tienen la siguiente estructura: una norma N confiere un derecho a obtener un estado de cosas A, D(A), a una clase de sujetos S cuando, frente a un reclamo de un sujeto perteneciente a S, un juez tiene la obligación de condenar a otro sujeto a realizar una acción que conduce al estado de cosas A en beneficio del sujeto que pertenece a S. Nuestro derecho constitucional admite la posibilidad de que las autoridades normativas regulen los requisitos y procedimientos que debe cumplir un sujeto perteneciente a la clase S para obtener el estado de cosas A. Estas normas que regulan dichos requisitos y procedimientos se denominan “normas que reglamentan el ejercicio del derecho D(A)”. En ocasiones, las normas que confieren derechos *obligan* a las autoridades normativas a dictar normas que reglamenten el ejercicio de un cierto derecho D(A). En cualquier supuesto, tales normas no deben obstaculizar o frustrar el ejercicio del derecho en cuestión.

Pasemos al ejemplo: el caso *Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA SA*³⁷. La Constitución establece que las leyes protegerán al trabajador contra el despido arbitrario. El mecanismo que eligió el Congreso Nacional para reglamentar el ejercicio de ese derecho fue el de establecer un sistema de indemnizaciones en caso de despido sin invocación de causa. La Corte reputó que dicho sistema constituía, en principio, una adecuada protección para el trabajador. Para ello se requiere, en lo esencial, que el despido sin causa resulte (en términos relativos) más costoso para el empleador que conservar al trabajador en su puesto. Ahora bien, el sistema por el que optó el Congreso tiene dos características. Por un lado, establece una fórmula que “tarifa” la indemnización. La ventaja de dicho sistema es que el empleador puede calcular de antemano cuáles son los costos implicados en el despido. Al mismo tiempo, el sistema posibilita que el

³⁶ Como lo demostró a comienzos del siglo veinte Newcomb Hohfeld. Véase Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. Genaro R. Carrió (México: Fontamara, 1991), 47-94.

³⁷ CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.”, 2003, *Fallos* 327:3677.

trabajador obtenga el pago de su indemnización con cierta inmediatez. Por otro lado, el Congreso estableció un tope al módulo indemnizatorio, esto es, al salario que se toma como base para calcular la indemnización. El tope se aplica a aquellos trabajadores que perciban un salario que supere varias veces la remuneración promedio del convenio colectivo al que pertenezcan.

En el caso *Vizzoti*, se había producido el despido de un trabajador. Dado que en su caso se aplicaba el tope al módulo indemnizatorio, el empleador sostuvo que correspondía pagarle la indemnización de acuerdo al cálculo que resultara de la aplicación del tope. El trabajador despedido solicitó la inconstitucionalidad de la norma legal en ese punto. Planteado el caso ante la Corte por vía recursiva, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del tope previsto en la Ley de Contrato de Trabajo³⁸. Para decidir de esa manera la Corte entendió, entre otras cosas, que si el mecanismo elegido por el Congreso para proteger a los trabajadores contra el despido arbitrario tomaba en cuenta la remuneración habitual del dependiente, la aplicación del tope (al reducir notoriamente el módulo indemnizatorio), frustraba o desnaturalizaba el propio medio elegido por el legislador para establecer dicha protección. En otras palabras el tope resulta irrazonable, esto es, no constituye un medio adecuado para alcanzar la finalidad que la ley persigue.

Sin embargo, la Corte no descalificó la aplicación del tope en todos los casos, sino solo en aquellos en los que, como ocurría en *Vizzoti*, el impacto del tope en la determinación del monto final de la indemnización fuese análogo al de un tributo confiscatorio. Para ello, el Tribunal indicó que la remuneración que debería tomarse como módulo indemnizatorio sin aplicación del tope debería verse cercenada en más de un treinta y tres por ciento con la aplicación del tope para que resultase procedente la declaración de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el artículo 14 bis CN, que establece la protección contra el despido arbitrario, y el artículo 28 CN, que establece el principio de razonabilidad de las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos constitucionales, operan aquí solamente como un criterio de aplicabilidad, pues ellos le prohíben al juez que aplique el tope del módulo indemnizatorio solamente cuando dicha aplicación frustre al trabajador la posibilidad de alcanzar el estado de cosas al cual tiene derecho, esto es, una indemnización que tenga relación con su remuneración habitual, y que lo proteja adecuadamente de un despido arbitrario.

³⁸ Ley 20.744. Régimen del Contrato de Trabajo, B.O. 27/09/1974. Disponible en: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> (consultado por última vez el 15 de julio de 2012).

2.6 Derechos constitucionales: la inconstitucionalidad por omisión

El último ejemplo que analizaremos no consiste en el control de constitucionalidad de una norma jurídica sino en la omisión de dictar una norma. Si, como se explicó en el acápite anterior, en ocasiones las autoridades normativas tienen la obligación de dictar normas que reglamenten el ejercicio de un derecho, ¿qué ocurre si ellas omiten hacerlo?

Un caso de esas características se planteó en *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*³⁹. Sin entrar en los pormenores del caso, cabe recordar que el actor pretendía ejercer el derecho de rectificación o de respuesta, conferido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁰, y solicitó en sede judicial que se obligue al demandado a que le conceda en su programa televisivo un espacio de tiempo a tal fin, pues había sido en una emisión de un programa análogo al conducido por el demandado en la cual se habían difundido las apreciaciones que el actor pretendía rectificar o responder. La Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, establece que tal derecho puede ser ejercido “en las condiciones que establezca la ley” (Art 14.1). La Argentina no había sancionado ninguna ley que reglamentase el ejercicio del derecho en cuestión. Y en un caso anterior la Corte había sostenido que el derecho de rectificación no podía ser ejercido en ausencia de normas reglamentarias.

En esta oportunidad, no obstante, la Corte sostuvo que los tratados internacionales gozan de una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias.⁴¹ Por esa razón, si la Argentina se había comprometido en sede internacional a reconocer el derecho de rectificación, la sanción de las normas respectivas no podía ser considerada como una facultad del Congreso, sino como una obligación. Una interpretación de buena fe del tratado, afirmó la Corte, debía llevar a dicha conclusión. La omisión legislativa de dictar una ley que estableciera las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación no podía ser utilizada como un argumento para rechazar la pretensión del actor pues, en ese caso, la Argentina podría incurrir en responsabilidad internacional. Por lo tanto, correspondía hacer lugar a la demanda.

³⁹ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 1992, *Fallos* 315:1492.

⁴⁰ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (consultado por última vez el 20 de julio de 2012)

⁴¹ El fallo es anterior a la reforma de 1994, por lo cual la Convención Americana no tenía aún jerarquía constitucional.

Es importante notar que en este caso lo que estaba en discusión era, precisamente, si el derecho de rectificación, aunque reconocido en un tratado internacional, resultaba o no externamente aplicable al caso. Una tesis posible establecía que dicha aplicabilidad requería necesariamente del dictado de una norma legal. Otra alternativa, que fue la que acogió la Corte, partía del hecho de que, al ser el dictado de la norma reglamentaria una obligación para el Congreso, la omisión de sancionar la ley en cuestión constituía la circunstancia que tornaba directamente aplicable a la norma del tratado. Esto implica reconocer un criterio de aplicabilidad en virtud del cual, en aquellos casos en los que el Congreso tenga la obligación de dictar una norma reglamentaria para el ejercicio de un derecho, y no lo haga, los jueces podrán aplicar directamente la norma que confiere el derecho. Y ello es así porque la omisión normativa es inconstitucional.

3. Control de constitucionalidad y razonamiento práctico

En una serie de trabajos seminales, Carlos Alchourrón intentó demostrar la importancia que la concepción de la derrotabilidad de las normas condicionales podía tener para una adecuada comprensión del funcionamiento del derecho.⁴² En esos trabajos, Alchourrón sostuvo que la lógica de los condicionales derrotables permitiría formalizar ciertas propuestas teóricas contemporáneas, en particular la desarrollada por Ronald Dworkin, consistente, entre otras cosas, en proponer una clasificación de las normas jurídicas que las distingue entre reglas y principios.⁴³

Según Dworkin, la distinción entre reglas y principios tiene un carácter lógico. Dicha distinción se funda en la forma en que cada tipo de norma se constituye como una razón para la acción. Las reglas, dice Dworkin, se aplican en forma disyuntiva, i.e. si los hechos que estipula la regla están dados, entonces ella se aplica o bien, por alguna razón, no se aplica. Dworkin sostiene que las reglas se aplican cuando son válidas, y parecería que usa esa palabra en el sentido de pertenencia a un sistema jurídico. Por lo tanto, si una norma pertenece al

⁴² Varios de esos trabajos están recogidos en Carlos E. Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes* (Madrid: Marcial Pons, 2010). Para encarar esta sección también resultaron de mucha utilidad los trabajos reunidos en Juan Carlos Bayón y Jorge Luis Rodríguez, *Relevancia Normativa en la Justificación de las Decisiones Judiciales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003); Santiago Ortega Gómero, ed., *Interpretación y Razonamiento Jurídico* (Lima: ARA Editores, 2009); y en José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons, 2009).

⁴³ Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, 131; Dworkin, *Los derechos en serio*, 72-80.

sistema y se dan los hechos estipulados por ella, entonces corresponde aplicar la solución normativa prevista.

Un principio, en cambio, parece enunciar “una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular”⁴⁴. Los principios poseen una característica de la que carecen las reglas: la de su peso o importancia. En un mismo caso pueden concurrir diversos principios que indican diferentes soluciones, y aquél que tenga mayor peso será el que termine imponiendo la resolución del caso. Sin embargo, el hecho de que los restantes principios tengan un peso menor no quiere decir que ellos carezcan de validez, i.e. que no pertenezcan al sistema.

En pocas palabras, mientras que una regla provee una razón operativa para la acción, un principio solo parece proveer una razón *prima facie*, que resultará operativa únicamente si ella tiene mayor peso que otros principios con los cuales pueda entrar en conflicto.⁴⁵ Formulado en términos formales:

(1) $A \text{ RPF } X$ (se lee: “A es una razón *prima facie* para hacer X”).

(2) $A \text{ RO } X$ (“A es una razón operativa para hacer X”)

Asumamos, para simplificar la discusión, que tener una razón para hacer algo equivale a tener un deber de realizar esa acción. De ser así las cosas, $A \text{ RO } X$ puede representarse como $A \Rightarrow O(X)$ y $A \text{ RPF } X$ puede representarse como $A > O(X)$. El símbolo “ \Rightarrow ” representa una implicación estricta, mientras que el símbolo “ $>$ ” representa un condicional derrotable.

La noción de razón *prima facie* da cuenta de la idea de que existen otras razones del mismo tipo que o bien pueden apuntar en el mismo sentido o bien pueden indicar en la dirección contraria. Por ejemplo, $B \text{ RPF } \neg X$ (“B es una razón *prima facie* para no hacer X”).⁴⁶ Si uno quisiera expresar una razón operativa, debería incluir a todas las razones *prima facie* que tengan incidencia en la determinación de la acción. Entonces resultaría que $A \& \neg B \text{ RO } X$, esto es que la presencia de A y la no presencia de B constituyen una razón operativa para hacer X [$A \wedge \neg B \Rightarrow O(X)$]. Si se diera el caso de que A concorra con B solo se podrá determinar si X debe realizarse o no una vez que se establezca cuál de las dos razones *prima*

⁴⁴ Dworkin, *Los derechos en serio*, 76.

⁴⁵ Para la noción de razón operativa véase Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 37-38. El *locus* clásico para las razones o deberes *prima facie* es David Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Clarendon Press, 1930), 19-20. Para una reelaboración contemporánea del concepto, bajo el término “razón contribuyente”, véase Jonathan Dancy, *Ethics without Principles* (Oxford: Clarendon Press, 2004).

⁴⁶ Por “no hacer X” se entiende que “se debe no hacer X”.

facie, A o B, tiene mayor peso. Mientras no determinemos tal cosa, entonces resulta que A & B *RO* X pero, al mismo tiempo, A & B *RO* \neg X.⁴⁷ Si B tiene más peso que A, diremos que B es un *defeater* de A. En tal supuesto, A & B *RO* X es falso, en tanto que A & B *RO* \neg X es verdadero ($A \wedge B \Rightarrow O(\neg X)$).

En la lógica de los condicionales derrotables elaborada por Alchourrón, la proposición $A > O(X)$ puede expresarse como $fA \Rightarrow O(X)$. La función de revisión “f” da cuenta, precisamente, del hecho de que existen otras propiedades o circunstancias cuya presencia como premisas impedirá pasar del antecedente a la conclusión. Si tales circunstancias pueden ser taxativamente identificadas, entonces será posible formular un condicional inderrotable. Si, por caso, $fA = A \wedge \neg B$, entonces $A \wedge \neg B \Rightarrow O(X)$.

Esta formalización permite representar adecuadamente la intuición dworkiniana de que los principios operan como una razón que indica una dirección, pero que no exige una decisión particular. A *RPF* X indica que A es una razón *prima facie* para hacer X, pero dado precisamente su carácter *prima facie*, i.e. el carácter derrotable del condicional que lleva de A a $O(X)$, solo resulta posible determinar el carácter obligatorio de la acción X una vez que se hayan identificado a todas las razones *prima facie* que regulan el caso, y se haya determinado el peso respectivo de cada una de ellas.

Si, según nuestra definición, la supremacía constitucional en sentido fuerte consiste en que las normas constitucionales tienen fuerza institucional en todos los casos en los que ninguna otra norma constitucional resulte externamente aplicable, se sigue de allí que toda norma no constitucional tiene un carácter *prima facie* o derrotable frente a las normas constitucionales.

Esta situación genera algunas complicaciones. El carácter *prima facie* de las normas jurídicas no constitucionales conduce a que las personas, y los jueces, deban tener en cuenta todas las normas constitucionales a la hora de guiar sus acciones o de justificar sus decisiones. Si el Código Civil establece una determinada obligación, por ejemplo, que el deudor debe efectuar la prestación debida al acreedor, el deber se convertirá en un deber actual solo si se analizaran todas las normas constitucionales y se advirtiera que su aplicación al caso no derrota la aplicación de la disposición pertinente del Código Civil. Si no fuese posible enumerar taxativamente a las normas constitucionales, entonces los deberes contenidos en las normas legales siempre podrían ser derrotados. Afortunadamente, las normas constitucionales componen un conjunto finito, aunque es indudable que en la práctica la determinación

⁴⁷ Ello es así pues los condicionales derrotables no admiten el refuerzo del antecedente.

exhaustiva de todas las normas constitucionales tiene un costo muy elevado, sobre todo si el agente no es un experto en la materia.⁴⁸

El carácter exhaustivo de las normas constitucionales, por otro lado, no implica de ningún modo un punto final para los problemas que la supremacía constitucional en sentido fuerte le plantea a la aplicabilidad de las normas infraconstitucionales. En efecto, aun cuando hayamos enumerado taxativamente las normas constitucionales, su aplicación a casos concretos siempre estará atrapada por el problema de la vaguedad. Si la tesis que sostuvo Timothy Endicott con respecto a la vaguedad del derecho es verdadera, entonces existen ciertos casos concretos con respecto a los cuales resulta indeterminado si una norma resulta o no internamente aplicable.⁴⁹ Si no disponemos de normas de clausura, i.e. de criterios de aplicabilidad que adjudiquen la cuestión, entonces la forma en que dicho caso concreto debe ser decidido se mantendrá indeterminada, pues en definitiva resultará indeterminado si la norma legal es o no inconstitucional.

Las normas constitucionales presentan una dificultad adicional, al menos bajo ciertas prácticas interpretativas. Cuando existe una tendencia a asimilar a las normas constitucionales con *valores*, surge el problema que Carl Schmitt denominó “la tiranía de los valores”⁵⁰. Los valores exigen su realización en el mundo. Sin embargo, la realización de los valores puede cobrar muchas formas. Por un lado, puede ocurrir que existan muchas maneras igualmente válidas de concretar un valor. De ese modo, se plantea un problema de elección que no puede ser resuelto invocando al valor en cuestión. Por otro lado, los valores, en tanto que ideales, nunca se realizan completamente. Todo intento de concretar un valor en la práctica siempre “tendrá gusto a poco” desde la perspectiva del valor. Así, toda medida que busque realizar el valor siempre podrá ser criticada invocando al propio valor en el que ella se sustenta.

Finalmente, la realización de un valor en el mundo muchas veces se traduce en que otros valores no podrán realizarse, o que solo podrán hacerlo de una manera harto insatisfactoria. Recurriendo a la célebre imagen weberiana, el politeísmo valorativo se traduce en una guerra entre los valores, en la cual cada uno de ellos busca prevalecer a expensas de los demás. Esta

⁴⁸ La reforma de 1994 incrementó ese costo al otorgarle jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Lo mismo ocurrió a partir de que la Corte Suprema le otorgó valor interpretativo a los informes, dictámenes, opiniones consultivas y sentencias emanadas de los organismos internacionales encargados de la interpretación y aplicación de los tratados en los que es parte la Argentina.

⁴⁹ Timothy A. O. Endicott, *La Vaguedad en el Derecho*, trad. J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez (Madrid: Dykinson, 2006), 277-280.

⁵⁰ Carl Schmitt, *La Tiranía de los Valores*, trad. Sebastián Abad (Buenos Aires: Hydra, 2009), 132-143. Para un argumento que apunta en un sentido similar, véase Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (Nueva York y Oxford: Oxford University Press, 1996), 14-17.

situación solo podría ser evitada si existiese una jerarquía entre los valores. Sin embargo, aun si contáramos con tal cosa como una jerarquía de valores, debemos tener en cuenta que, en nuestras sociedades contemporáneas, los desacuerdos valorativos están a la orden del día, y no pueden ser superados sencillamente mediante una argumentación que “demuestre” la verdad o la racionalidad de una determinada posición ética. Así como Jeremy Waldron sostiene que el realismo moral es irrelevante para solucionar los problemas políticos que suscitan los desacuerdos, algo similar podemos decir de cualquier posición, realista o no, que, frente a un desacuerdo respecto a la importancia que cabe asignar a valores en conflicto, afirme la existencia de una jerarquía definitiva de valores.⁵¹ Los problemas políticos parecen requerir soluciones políticas, no morales, epistemológicas u ontológicas.

La cuestión de los conflictos entre valores permite traer a colación otro problema que plantea la derrotabilidad de las normas infraconstitucionales frente a las constitucionales. Si en definitiva cada obligación impuesta por normas legales requiere de una revisión de todas y cada una de las normas constitucionales para obtener un carácter definitivo, esto requeriría que todas las normas constitucionales siempre indiquen o apunten “en una misma dirección”. Si hubiese inconsistencias entre ellas, entonces la revisión importará explicitar un conflicto entre normas constitucionales. Aun cuando tales conflictos puedan resolverse en forma racional, y aun si asumiera que las revisiones pueden adquirir estabilidad, quedaría en pie la cuestión de que el carácter obligatorio de una determinada acción no estaría determinado por la norma legal, sino en definitiva por la norma constitucional que prevalezca en el conflicto.

El carácter derrotable de las normas infraconstitucionales frente a las constitucionales, producto de la noción fuerte de supremacía, provoca entonces que la normatividad de aquellas siempre quede reducida a un carácter *prima facie*. Solo tendremos razones operativas si incorporamos las normas constitucionales a nuestro razonamiento práctico. Pero si en definitiva solo podemos guiar nuestras acciones recurriendo a normas constitucionales, ¿para qué recurrir a las normas infraconstitucionales? Parecería que estas normas terminan resultando irrelevantes para el razonamiento práctico, puesto que la mayor importancia la tendrían las normas constitucionales.

Ahora bien, si la supremacía constitucional en sentido fuerte plantea todos los problemas que acabamos de enumerar, entonces resulta que las normas constitucionales tampoco están en condiciones de proveernos adecuadamente de razones operativas para la acción. En el mejor

⁵¹ Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, 195-222.

de los casos, si ellas pudieran hacerlo, subsistiría el problema del desacuerdo: aun cuando una persona se equivoque al negar que una determinada norma constitucional es una razón operativa para realizar una acción determinada porque, a su juicio, es otra norma constitucional la que debe guiar la resolución de un caso, no podemos resolver el desacuerdo entre esa persona y otra sencillamente apuntando a que la segunda tiene razón. Necesitamos otro mecanismo.

Si, a la luz de las normas constitucionales, las normas infraconstitucionales son prácticamente irrelevantes y si, a su vez, las normas constitucionales tampoco nos permiten guiar nuestra acción, entonces la supremacía constitucional en sentido fuerte plantea un escenario ciertamente desolador. Toda la empresa del derecho moderno parecería condenada al fracaso. Frente a este panorama, aparecen al menos dos posibles soluciones: o bien reformulamos nuestro derecho constitucional de forma tal de corregir las dificultades antes señaladas o bien eliminamos la supremacía en sentido fuerte y les prohibimos a los jueces aplicar las normas constitucionales. De este modo, para utilizar la terminología de Schauer, las normas infraconstitucionales quedarían “atrincheradas”, y su aplicación no podría ser derrotada.⁵² Surge entonces un interrogante vinculado con la búsqueda de una solución intermedia: ¿es posible compatibilizar el atrincheramiento de las normas infraconstitucionales con la supremacía constitucional en sentido fuerte?

4. Las reglas del control de constitucionalidad

Muchos de los argumentos explorados en la sección anterior se solapan con los que provienen del debate sobre la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad. Por esa razón, quizás la respuesta al interrogante respecto de la compatibilidad entre el atrincheramiento de las normas infraconstitucionales y la supremacía constitucional en sentido fuerte pueda provenir de esa fuente. En ese sentido, en un ensayo publicado a principios de los años noventa del siglo pasado, Genaro Carrió propuso una defensa condicionada del control judicial de constitucionalidad frente a la objeción contramayoritaria.⁵³

⁵² Para la noción de “atrincheramiento” de las reglas, véase Frederick Schauer, *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez (Madrid: Marcial Pons, 2004), 101-112.

⁵³ Genaro R. Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review. Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina”, en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*, ed. Bruce Ackerman (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 155-158.

La defensa de Carrió se sustenta, antes que nada, en una serie de características propias del sistema de control judicial, entre ellas que dicho sistema presupone “la existencia de un caso concreto, con cuyos hechos y con las pretensiones específicas de las partes hay que cotejar la norma general impugnada, la decisión que en su caso hace lugar a la impugnación no es una descalificación en general o en abstracto de dicha norma [...]. El contralor de constitucionalidad propio de la *judicial review* es un contralor al menudeo, de naturaleza *piecemeal*, como dicen los norteamericanos, que típicamente remata en una decisión con fundamentos cuidadosos acerca de la validez particularizada de un aspecto u otro de un texto legal, decisión a la que se arriba en el contexto de un conjunto circunscripto de hechos, los que constituyen el caso, y que vale solamente para ellos y en función de los mismos”⁵⁴.

Las características del sistema de control judicial que señala Carrió se refieren a dos cuestiones que es importante distinguir. Por un lado, Carrió entiende que la objeción contramayoritaria es menos potente de lo que parece porque los jueces circunscriben su decisión a la resolución de un caso concreto. Así, alude a los límites institucionales propios de la función judicial. Esto lleva a que, por otro lado, los jueces desarrollen su tarea mediante un método especial en el cual actúan como artesanos del derecho que colaboran con el legislador, “rehusándose a prestarle su concurso jurisdiccional en ciertos casos concretos”⁵⁵. A ese “método artesanal” podríamos llamarlo “*common law* constitucional”: el razonamiento práctico que guía la solución de los casos constitucionales no partiría de grandes teorías o principios sino que consistiría en un razonamiento por analogía, que parte de los precedentes judiciales ya establecidos.

En su obra clásica, Alexander Bickel también había llamado la atención sobre los límites institucionales de la función judicial, que resultan ante todo de interpretaciones restrictivas efectuadas por los propios jueces con respecto a sus competencias. Por ello, las denominó “virtudes pasivas”, y las caracterizó como razones que justifican la decisión de los jueces de no intervenir en determinados casos.⁵⁶ En los últimos años, varios autores, como Cass Sunstein, por ejemplo, también reivindicaron el método artesanal del *common law* constitucional, argumentando que una estrategia de interpretación constitucional sustentada en

⁵⁴ Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review”, 156.

⁵⁵ Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review”, 156.

⁵⁶ Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 111-198.

tal metodología presentaba una serie de ventajas por sobre otras estrategias alternativas de interpretación.⁵⁷

En ambos casos, el lema parece ser que el control judicial de constitucionalidad permite que no todas las cuestiones sean resueltas en sede judicial. Las virtudes pasivas y el método del *common law* constitucional conducen a que los jueces “dejen cosas sin decidir”. Si esta descripción fuese correcta, entonces el alcance de la objeción contramayoritaria no sería tan devastador como afirman sus proponentes, y en ese caso Carrió tendría un buen punto para su defensa condicionada. Sin embargo, ahora no nos interesa tallar en la discusión sobre la objeción contramayoritaria, sino intentar analizar si la existencia de normas infraconstitucionales atrincheradas puede convivir con una constitución que tenga supremacía fuerte. Y el argumento de Carrió nos proporciona una buena pista para alcanzar esa respuesta.

El sistema de control de constitucionalidad argentino posee una serie de rasgos específicos, que el propio Carrió enumera: i) se ejerce a pedido de parte⁵⁸; ii) la declaración de inconstitucionalidad de una norma no la deroga, sino que conlleva solamente su inaplicabilidad en el caso en el que fue decretada; iii) el control de constitucionalidad solo puede ejercerse en casos concretos, esto es, en un pleito judicial en el que existan intereses contradictorios y en el cual la aplicación de una norma provoque un perjuicio real, directo y particularizado a uno de los titulares de tales derechos; iv) la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo procede si no hay ninguna interpretación alternativa de ella que resulta conforme con la constitución; v) el ejercicio del control de constitucionalidad constituye una *ultima ratio*, esto es, que si existen otras formas de resolver adecuadamente un caso que no impliquen ejercer el control de constitucionalidad, los jueces deben inclinarse por alguna de estas vías alternativas; vi) los jueces tienen vedado analizar las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia concernientes con la sanción de una ley; en otros términos, no pueden descalificarlas porque consideren que son injustas o que otras leyes serían mejores o más eficientes.⁵⁹

Estos rasgos específicos no son otra cosa que normas que regulan la competencia judicial de controlar la constitucionalidad de las restantes normas. Integran, por lo tanto, el sistema secundario de normas pues están dirigidas a los jueces en cuanto jueces. El contenido de estas

⁵⁷ Véase Cass R. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge MA: Harvard UP, 1999), 3-72. Véase también Waluchow, *Una Teoría del Control Judicial de Constitucionalidad*.

⁵⁸ No desconozco la doctrina reciente elaborada por la Corte en materia de control de constitucionalidad de oficio. Incluyo el punto sencillamente para dar cuenta de la enumeración tal como la propone Carrió.

⁵⁹ Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review”, 142-145.

reglas apunta en una misma dirección: i) en la medida de lo posible, los jueces deben resolver casos *sin* controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales; ii) si no fuese posible satisfacer la regla (i), los jueces deben, en la medida de lo posible, resolver casos *sin* declarar la inconstitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

Aunque no operan en forma idéntica, estas dos reglas se parecen pues ambas constituyen buenos ejemplos de lo que Joseph Raz denominó razones excluyentes para la acción: estas reglas ofrecen una razón para no actuar por otra razón o por un tipo de razones.⁶⁰ Verbigracia, la existencia de tales reglas es una razón para que los jueces no decidan casos por razones fundadas en normas constitucionales. La presencia de reglas de este tipo es la que permite considerar que las sentencias judiciales que no invocan normas constitucionales, y que son la abrumadora mayoría de las decisiones que adoptan los jueces, están adecuadamente fundamentadas. Y ello es así porque estas reglas, si bien no conducen a un atrincheramiento total de las normas infraconstitucionales, pues persiste la posibilidad de que ellas sean declaradas inconstitucionales, sí reduce esa posibilidad, indicándole a los jueces que, salvo que se den ciertas condiciones, ellos deben tratar como razones operativas a las razones *prima facie* que brindan las normas infraconstitucionales.

Expresado más sencillamente, en virtud de las reglas que rigen el control de constitucionalidad, si $A \text{ RPF } B$, entonces el juez debe considerar que $A \text{ RO } B$. El juez solo podrá ejercer el control de constitucionalidad si: a) se plantea un caso judicial (condición I, en adelante CI) en el que, b) una parte interesada solicite que el juez ejerza el control (condición II, en adelante CII), c) y no exista la posibilidad de resolver fundadamente el caso sin ejercer el control (condición III, en adelante CIII). Si se dieran conjuntamente estas tres condiciones, el juez deberá dejar de considerar que $A \text{ RO } B$, para volver a considerar que $A \text{ RPF } B$:

- (CI & CII & CIII) **RO** ($A \text{ RPF } B = A \text{ RO } B$)

Esto se lee: “La no ocurrencia de alguna de las condiciones CI, CII y CIII es una razón operativa para considerar que la razón *prima facie* A para hacer B es una razón operativa para hacer B”. De este modo, las normas infraconstitucionales, en tanto no vean desafiada su constitucionalidad, constituyen genuinas razones para la acción, recobrando su relevancia práctica, y ocupando entonces un espacio intermedio entre las normas constitucionales y los agentes, lo que permite explicar, en definitiva, por qué es conveniente asesorarse con un

⁶⁰ Raz, *Razón Práctica y Normas*, 39-54.

especialista en cada rama del derecho y por qué no es necesario recurrir siempre a un constitucionalista.

El atrincheramiento de las normas infraconstitucionales convive así con la supremacía en un sentido fuerte, pues ésta cobra relevancia práctica en los contextos excepcionales en los que hay un conflicto judicial, se produce un planteo constitucional y no existe una forma alternativa de resolver el pleito. Al mismo tiempo, sin embargo, la supremacía en sentido fuerte juega un papel algo pasivo pero vital, en tanto que ella es el presupuesto del atrincheramiento de las normas infraconstitucionales. En efecto, las reglas del control de constitucionalidad pueden entenderse como una interpretación de las normas constitucionales que regulan la competencia de los jueces federales (arts. 116 y 117 CN). Por lo tanto, el atrincheramiento es el resultado de una aplicación de esas normas de la Constitución. Y, como vimos, los jueces tienen la obligación de aplicar normas supremas solo si existe un criterio de aplicabilidad que establezca tal deber. De forma tal que, por paradójico que parezca, el no ejercicio del control de constitucionalidad es consecuencia del control. La supremacía fuerte, en definitiva, lleva a que la actividad judicial siempre esté regida por normas constitucionales, aun cuando ello implique en ciertos casos que los jueces no podrán aplicar normas constitucionales en la resolución de los juicios.

5. Control de constitucionalidad y estado de derecho: una amistad conflictiva

Uno de los valores que tradicionalmente se asocia al constitucionalismo es el ideal del estado de derecho. Este ideal procura armonizar la necesidad de la existencia de un gobierno con el valor de la autonomía individual. Para ello, se establecen una serie de criterios que un gobierno debe satisfacer para ser considerado como un estado de derecho.⁶¹ Aquí señalaremos tan solo que el ideal de estado de derecho exige que el gobierno ejerza sus poderes: i) a través de reglas generales, ii) claras, iii) no retroactivas y iv) públicamente accesibles. Estas características permiten que las personas cuenten con un marco dentro del cual ejercitar su autonomía. Ello presupone que las reglas que sancione el gobierno deberán ser relativamente estables y su contenido deberá ser relativamente predecible. En este contexto, el constitucionalismo liberal aparece asociado al estado de derecho por cuanto, típicamente, las constituciones liberales establecen un gobierno y le otorgan competencia para dictar normas

⁶¹ Véase Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 102-106; Friederich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: Chicago UP, 2011), 308-328; Francisco J. Laporta, *El Imperio de la Ley. Una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007), 160-166.

pero, al mismo tiempo, establecen procedimientos que permiten que las personas puedan conocer de antemano con cierta aproximación las nuevas regulaciones que se sancionarán. Además, las declaraciones de derechos en cierto sentido “cercan” el campo de acción del legislador, lo cual conduce a que las personas sepan que la legislación jamás tendrá cierto contenido o que, en cambio, necesariamente siempre deberá adoptar un sentido determinado.

Así las cosas, un sistema de control de constitucionalidad garantizaría que el estado de derecho no se desvanezca en la práctica. Las personas tendrían la confianza de que si el gobierno no respeta los criterios antes enumerados, entonces podrán presentarse ante un tribunal de justicia para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley que los afecte. Parecería, entonces, que el mecanismo de atrincheramiento de las normas infraconstitucionales que describimos en el apartado anterior, al limitar el ejercicio del control judicial, obstaculiza la concreción del ideal del estado de derecho.

Esta primera impresión, sin embargo, debe ser puesta en su quicio. El atrincheramiento de las normas infraconstitucionales no busca sustraerlas del control de constitucionalidad. Su finalidad, en cambio, es la de otorgarles un papel relevante en el razonamiento práctico judicial, evitando lo que Francisco Laporta denominó “sobreconstitucionalización”. Este fenómeno consiste en que la Constitución se “ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre [...]. Ese efecto determina que la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna; incluso que sea interpretada y contemplada no desde sí misma sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución”⁶².

Contrariamente a lo que se podría asumir, la sobreconstitucionalización no contribuye a concretar el ideal de estado de derecho. En efecto, como vimos, las normas constitucionales plantean serios problemas como guías para el razonamiento práctico. Las leyes y las demás normas, aunque ciertamente también presentan problemas, tienen la virtud de incluir regulaciones más detalladas y precisas. Por ese motivo, son mejores candidatas que las normas constitucionales como orientadoras de la acción humana.

Si las cosas son de ese modo, la sobreconstitucionalización socava el marco de normas en el cual una persona esperaría ejercer su autonomía. En lugar de contar con reglas claras, generales y no retroactivas los agentes habrían de vérselas con una multiplicidad de principios

⁶² Laporta, *El Imperio de la Ley*, 159.

y valores que apuntan en sentidos diversos, son vagos y muchas veces son reinterpretados, aplicándose las nuevas interpretaciones en forma retroactiva. Ciertamente, esta forma de ilustrar la situación es una caricatura exagerada. Pero no por ello debemos perder de vista que si las normas infraconstitucionales no estuviesen atrincheradas, tendríamos ante nosotros un genuino problema de acción colectiva, pues la posibilidad de coordinar actos entre diferentes agentes se vería seriamente afectada.

Por lo tanto, el desarrollo de una relación armónica entre estado de derecho y constitucionalismo parece exigir que el control de constitucionalidad se mantenga dentro de márgenes relativamente acotados. Y ello no debería resultarnos extraño. Después de todo, hay amistades que se mantienen muy bien a lo largo de los años y la explicación de ello es que los amigos en cuestión se encuentran tan solo unas pocas veces, dejando transcurrir largos períodos de tiempo entre cada uno de los encuentros.

CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ACCIONES: EL DESAFÍO DE GENERAR VALOR A PARTIR DE UNA ADECUADA ESTRUCTURACIÓN CONTRACTUAL

Guillermo Burman y Diego A. Chighizola♦

Resumen

Los contratos de compraventa de acciones son operaciones en las que, como cualquier transferencia de activos a cambio de una contraprestación, el vendedor intentará obtener el mayor beneficio económico posible, mientras el comprador pretenderá pagar el menor precio a cambio. A su vez, ambas partes procurarán disminuir sus riesgos y asegurarse un resarcimiento ante cualquier posible daño que sufran. Este tipo de operación es una oportunidad para los abogados, quienes serán los encargados de generar valor y asumir el papel de ingeniero de la transacción, sobre una base jurídica, económica y de sentido común.

En cuanto a la estructura del negocio, podría decirse que consta de etapas diferenciadas a fin de disminuir los riesgos y potenciales conflictos futuros: una selección racional de la contraparte, un acuerdo de confidencialidad y exclusividad, redacción de un acuerdo de intención (u otros documentos similares, preliminares), un concienzudo proceso de *due diligence* acompañado de la expedición de garantías y declaraciones por parte del vendedor y finalmente la redacción, negociación e implementación de un

♦ Guillermo Burman es miembro de Marval, O'Farrell & Mairal desde el año 2005 y socio desde el año 2009, es especialista en derecho societario y financiero.

Asesora legalmente a empresas locales y extranjeras de distintas ramas en materia de derecho comercial y societario general, y en particular, en el diseño, planeamiento y estructuración de operaciones financieras tales como adquisiciones de empresas, financiación de proyectos y securitización de activos. Es profesor de Sociedades Comerciales en la carrera de abogacía de la Universidad de San Andrés. Se ha desempeñado como profesor de las materias de su especialidad en la Universidad de Palermo, se graduó como abogado, con honores, en la Universidad de Buenos Aires en el año 1994, y en 1999 obtuvo una Maestría en Derecho en la Universidad de Columbia.

Diego Chighizola se especializa en bancos y finanzas, mercado de capitales, fusiones y adquisiciones, y desarrollo y financiamiento de proyectos inmobiliarios. Es miembro de Marval, O'Farrell & Mairal desde el año 2001 y socio desde el año 2012. Antes de ingresar a Marval, trabajó como asociado extranjero en Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton en Nueva York. Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina en 2001, obtuvo una Maestría en Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, en 2004, y una Maestría en Fianzas de la Universidad del CEMA en 2007.

Es miembro del New York State Bar, profesor de Derecho de los Negocios en la carrera de abogacía de la Universidad de San Andrés y dicta cursos en la Universidad del CEMA y en la Universidad Austral.

acuerdo de compraventas que buscará alinear los incentivos de las partes y maximizar el valor de la operación para las mismas.

Otro importante punto a destacar es la modalidad de precio que se seleccione, dado que el objeto del contrato es de un valor altamente incierto. Puede determinarse un precio contingente, ajustándolo a un parámetro contable que sea representativo de la situación financiera y patrimonial de la Sociedad cuyas acciones se venden; o un precio diferido en cuotas.

1. Introducción

En toda operación de compraventa, el vendedor pretende obtener el mayor precio posible por el activo del que se desprende, mientras que el comprador perseguirá el resultado opuesto. Adicionalmente, en la mayoría de los casos el vendedor querrá, una vez producida la venta, minimizar su contacto con el comprador. El comprador, por su parte, pretenderá que el vendedor esté disponible cuando lo que haya adquirido no dé el resultado esperado, para que lo repare o resarza el daño generado. Asimismo, ambas partes pretenderán que los costos asociados con la venta sean los menores posibles y, en ese sentido, minimizar la participación de terceros.

Los contratos de compraventa de acciones¹ (o partes de interés equiparables en otro tipo de personas jurídicas) suelen generar un ámbito dentro del cual los abogados que asesoran a las partes (dueño de la sociedad – en adelante “Sociedad” – cuyas acciones se planean enajenar por un lado, y el potencial adquirente de las mismas por otro), pueden crear valor para sus clientes. El análisis que sigue identificará algunos de los riesgos e incertidumbres existentes en estas operaciones, que afectan su viabilidad, y describirá mecanismos contractuales tendientes a mitigar estos riesgos, favoreciendo en primer lugar la posibilidad de que estas operaciones se concreten, y colaborando luego para que el precio que se pacte se acerque al valor real del activo que se cede (o al menos al estimado y pretendido por las partes).

El abogado transaccional tiene una inmejorable oportunidad para generar valor convirtiéndose en una suerte de “ingeniero” de la transacción, aportando experiencia y conocimiento a la estructuración de la operación, favoreciendo una adecuada alocaión de riesgos y eficiencia de costos.² Se espera asimismo que el abogado pueda ser un promotor del diálogo y la comunicación entre las partes a efectos de facilitar la consumación del negocio, objetivo principal del cliente en este contexto.³

Muchos de los conceptos que desarrollaremos son de sentido común. Resulta precisamente el desafío del abogado que asista en este negocio, permitir que las soluciones que propone dicha lógica puedan ser implementadas. Como base de análisis de las problemáticas comunes a los contratos de compraventa de acciones, recurriremos a ciertos conceptos desarrollados por

¹ En adelante nos referiremos siempre a “acciones” de sociedades anónimas, por ser este tipo de sociedad la más utilizada para el desarrollo de negocios en la Argentina.

² Ronald J. Gilson, “Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing”, *Yale Law Journal*, 94, 2 (1984): 239.

³ Lee C. Buchheit, *How to Negotiate Eurocurrency Loan Agreements* (Londres: London Euromoney Publ., 2000), 158. En dicho trabajo se describen distintos roles que puede tomar el abogado en el contexto de una negociación contractual y la necesidad de desarrollar técnicas y aptitudes acordes con los objetivos del cliente.

autores que han utilizado herramientas de economía y de la teoría de los juegos,⁴ para describir y comprender los comportamientos humanos en materia contractual de negociación.⁵

1.2) Los principios tomados de la teoría de los juegos

Asimetría de información

La premisa es la siguiente: no todas las partes de un determinado negocio cuentan con la misma información. Además, producirla suele ser costoso y, en general, una de las partes se encuentra en mejor posición de lograrlo. Por último, la cantidad y calidad de información disponible será uno de los elementos determinantes de la estructura de un negocio y de la negociación de un contrato.⁶

George Akerlof,⁷ ha demostrado que la asimetría de información puede dar lugar a una selección adversa o negativa en el mercado. El ejemplo clásico que suele graficar esta problemática es el de la venta de autos usados. Este proceso de venta ocurre comúnmente de la siguiente manera: el vendedor como paso previo a poner en venta su automóvil, le realizará ciertas reparaciones básicas, exteriores mayormente. La mayoría de las veces las hará al menor costo posible y con la finalidad de mejorar, a corto plazo, la apariencia de su vehículo, de modo de poder defender un mejor precio. Paso siguiente, publicará la venta con fotos y descripciones que resulten atractivas o contratará a un tercero para que lo haga por él (ej. una agencia de venta de autos usados). Asimismo, fijará un precio que surgirá de comparar precios de vehículos similares. El precio estará condicionado, además de por el mercado y la calidad particular del vehículo, por el apuro que tenga el vendedor para desprenderse del automóvil. Un menor precio debiera permitir una venta más rápida, pero sin llegar al extremo donde un valor que no sea “de mercado” pueda generar suspicacias en el potencial comprador, y en consecuencia, desinterés. Por su parte, el potencial comprador recorrerá el camino inverso: se formará en primer lugar una idea del automóvil que le interesa en términos de prestación, antigüedad, precio, entre otros, y a partir de allí, recorrerá los distintos canales a

⁴ Thomas J. Miceli, *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property and Litigation* (Nueva York: Oxford University Press, 1997). En dicho trabajo el autor sostiene que la aplicación de la teoría económica a cuestiones legales e instituciones del derecho se basa en el reconocimiento de que la eficiencia económica es útil en estos campos, eficiencia entendida como “maximización de la riqueza”. Trasladado a nuestro análisis, podríamos decir que la eficiencia se traducirá en mayor valor de la transacción considerando a ambas partes (comprador y vendedor) en conjunto.

⁵ Douglas G. Baird et. al, *Game Theory and The Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1998).

⁶ Miceli, *Economics of the Law...*, 78.

⁷ George A. Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics* 84, 3 (2009): 488.

través de los cuales se comercializan, incluyendo publicidad (generalmente de internet) o eventualmente visitando una agencia de ventas. En el primer encuentro que tengan las partes (encuentro que quizá no se repetirá), el vendedor describirá las bondades del vehículo y el motivo de la venta. Al comprador le será sumamente dificultoso o incluso imposible comprobar la mayor parte de las afirmaciones que formule el vendedor. No obstante, podrá requerir documentos que acrediten la titularidad sobre el vehículo, o revisar el automóvil con un especialista que pueda validar ciertos elementos relativos a su “calidad”. Ambas partes saben que una vez cerrada la venta, probablemente no volverán a verse y que los remedios (post venta) con los que podría contar el comprador, son limitados. Algunas de las incertidumbres referidas podrían mitigarse involucrando a terceros, como una agencia de venta de autos con reputación o incluso que otorgue garantías, o talleres especializados. Pero esta circunstancia encarecería el proceso para ambas partes y por lo tanto disminuiría el valor que cada una de ellas pretenda extraer del negocio.

La situación descrita se reproduce en alguna medida toda vez que se pretende vender un bien cuyo valor es incierto, tal es el caso de las acciones, cuyo precio fluctúa en función de diversas variables, algunas de las cuales no son conocidas de igual manera por los sujetos del mercado relevante.

La venta de acciones de una Sociedad puede plantear una situación de incentivos contrapuestos donde el vendedor intentará limitar la información que le proporcionará al comprador, en especial, en aquellas áreas donde la operatoria de la Sociedad importe riesgos que puedan impactar sobre el precio pretendido. Veamos un ejemplo: la sociedad podría tener un determinado pasivo ambiental. El vendedor debería conocer el riesgo de tal pasivo generado por su operatoria, los mecanismos empleados para mitigar posibles daños ocurridos y potenciales, y eventuales reclamos existentes. Por su parte, el comprador, aun perteneciendo a la misma industria, no contará con dicha información con la amplitud con que la tiene el vendedor. Incluso cuando el comprador decida recorrer un costoso proceso de auditoría ambiental sobre la empresa, dicha situación solo le permitirá tener una foto de la situación actual pero poco le dirá sobre prácticas pasadas, daños ya generados y posibles reclamos. En consecuencia, si el vendedor entiende que las contingencias en este campo pueden ser significativas, pretenderá un “descuento” sobre el precio que le permita generar una reserva para afrontar eventuales pérdidas en tal sentido. Además, del precio acordado habrá que descontar los costos incurridos por el comprador en el marco de su auditoría ambiental.

Veremos más adelante las alternativas con que cuentan las partes para alinear sus incentivos en materia de producción de información.

Reputación y transacciones sin vocación de repetición en el tiempo

Las partes de una transacción pueden tener distintos incentivos para adoptar conductas más agresivas (en términos de riesgo-oportunidad) cuando la relación entre ellas no tiene vocación de repetirse en el tiempo. No obstante, cuando esto último sí sucede, la actitud que se tome en las primeras interacciones podrá condicionar a las siguientes.⁸ En el marco de los contratos de compraventa de empresas, solemos encontrarnos en situaciones donde el vendedor buscará una salida definitiva del negocio, y por ese motivo pretenderá maximizar el precio que obtenga al momento de celebrar la venta, aun cuando lo haga a costa de herir su reputación. Por cierto, esto no ocurrirá donde comprador y vendedor deban mantener cierta relación a futuro ya sea bajo acuerdos de gerenciamiento, provisión, comercialización, u otros.

En este contexto, analizaremos distintos mecanismos contractuales que permiten alinear los incentivos de las partes, incluso en aquellos casos de transacciones que no se repetirán en el futuro, que por cierto son las más comunes cuando se venden empresas.

2. Proceso de Compraventa de Acciones

El proceso de compraventa de acciones no se agota en el contrato de compraventa. Implica un proceso que comienza informalmente y suele abarcar distintas fases hasta su concreción, e instrumentarse en distintos y variados contratos.

2.1) Selección de contraparte

El primer paso, incluso anterior a la celebración de un acuerdo de confidencialidad o carta de intención, es la elección de la contraparte. Aquí es donde uno de los puntos más obvios del proceso se torna determinante, ya que mucha de la estructuración legal disponible tendrá un efecto limitado frente a un contratante inescrupuloso. Sin llegar tan lejos, el “carácter” de la

⁸ Baird et. al, *Game Theory and The Law*, 159.

contraparte condicionará la negociación y señalará desde la primera instancia los resguardos a desarrollar contractualmente.

En buena medida, la elección de la contraparte estará condicionada por su reputación. En algunos casos, la seriedad de una parte, de la mano de su solvencia patrimonial y de declaraciones bien formuladas, hacen innecesarios costosos procesos de auditoría. La reputación del vendedor es así una de las cuestiones más sensibles en el análisis que realiza el potencial comprador.

2.2) Acuerdo de intención y otros instrumentos preliminares

El acuerdo de intención, también conocido como “memorando de entendimiento” suele ser el primer documento escrito que vinculará formalmente a las partes de cara al proceso de compraventa. Es discutible en qué medida resulta conveniente la instrumentación formal de este tipo de acuerdos, dado que en muchos casos podrá ser materia de discusión su carácter vinculante, aun cuando algo se diga al respecto en el propio documento. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que servirá al menos para limitar las posibilidades de las partes de renegociar aquellas cuestiones que, pactadas originalmente, servirán de base para la negociación posterior. Además, si las partes fracasan en este desafío menor (al menos en términos de cantidad de páginas), difícilmente podrán llevar la transacción a estadios mayores, siendo esta instancia una oportunidad interesante para que las partes comiencen a conocerse y fijen ciertos lineamientos de la negociación y de la transacción. En efecto, con la suscripción de este acuerdo, suele comenzar el proceso formal de evaluación de la Sociedad por el potencial adquirente.

Debe tenerse en cuenta que la carta de intención es ya un acto de naturaleza contractual, aun cuando no tenga los elementos necesarios para ser todavía un contrato de compraventa. El objeto de este contrato es la celebración ulterior del contrato de compraventa. Si bien el propio instrumento deberá determinar cuán obligadas las partes estarán a celebrar la compraventa definitiva de las acciones, no hay duda de que las mismas están constreñidas al menos a negociar de buena fe. En otras palabras, la suscripción de este tipo de acuerdos hace que cualquier reclamo que las partes se efectúen en el futuro en base al mismo, recaiga ya en la órbita contractual sin la necesidad de acreditar los extremos más exigentes que se requieren en materia de responsabilidad extracontractual, y aplicándose el plazo de prescripción decenal.

La carta de intención suele trazar la hoja de ruta de la transacción definiendo los tiempos e hitos que deberán cumplirse, distribuyendo responsabilidades entre las partes en materia de negociación y redacción de los contratos definitivos y fijando las bases comerciales, aún de manera provisoria, del acuerdo comercial. Es usual que este tipo de acuerdos tenga naturaleza no vinculante en lo que respecta a la obligación del vendedor de vender y del comprador de pagar determinado precio. Es decir, no habrá todavía contrato de compraventa que obligue a entregar la cosa y pagar precio. Es recomendable que el propio texto del documento indique con claridad la naturaleza vinculante o no, para evitar engorrosas discusiones posteriores sobre su alcance. En otras palabras, no hay valor en la ambigüedad.

De todas formas, sí es posible fijar en esta instancia el precio por las acciones o al menos un rango de precio, dentro del cual se acordará el monto definitivo durante el proceso de negociación, o establecer pautas objetivas para su fijación. Aun cuando se acuerde expresamente el derecho de las partes a no celebrar el contrato de compraventa sin tener que fundar tal decisión, la carta de intención genera acuerdos obligatorios respecto de ciertas cuestiones críticas en lo que hace a las pautas con las cual las partes deberán manejarse durante la negociación:

Confidencialidad

Es usualmente requerida la inclusión del acuerdo de confidencialidad dentro de la carta de intención, o la firma de un documento independiente con este alcance (incluso previo a la carta de intención), como condición para que el vendedor ponga a disposición del comprador información sensible y confidencial⁹ de la Sociedad. La realización de esto a favor del comprador implica el primer paso camino a reducir la asimetría de información de origen a la que se enfrentan las partes. Este proceso presenta diversos desafíos originados en **(a)** la importancia de proteger información sensible entre contrapartes que pueden ser competidoras o tener relaciones comerciales distintas a las relativas al acuerdo de compraventa, verbigracia, la que podría existir entre un fabricante y su proveedor o distribuidor donde la información

⁹ La Ley de Confidencialidad en su artículo 1, define como información confidencial a aquella que (a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; (b) tenga un valor comercial por ser secreta; y (c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla. Ley 24.766 de confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos, B.O. 30/12/1996.

sobre “el producto” puede alterar las bases comerciales de acuerdos preexistentes o futuros; **(b)** la dificultad para proteger el uso de la información confidencial y evitar su divulgación sin autorización o su uso para fines distintos a los de analizar la transacción de venta (por ejemplo, la utilización que un actual o nuevo competidor pudiera hacer de esa información); y **(c)** las dificultades probatorias respecto a un uso no autorizado o abusivo y la consiguiente dificultad para calcular los daños causados por dicha utilización ilegítima.

Respecto al primer punto, todo potencial vendedor deberá agudizar su sentido comercial para saber hasta dónde mostrar información sensible. Aquí no hay reglas ni fórmulas preestablecidas, y frente a la imposibilidad del comprador de generar confianza, en lo que respecta al aprovechamiento que hará de la información suministrada, el vendedor intentará diferir el intercambio de esta información para una etapa ulterior en la cual ya exista un compromiso vinculante del comprador en lo que respecta a la compraventa. Así, el intercambio de información confidencial podría darse a través de declaraciones y garantías del vendedor sobre las bondades o cualidades de determinado producto en el propio contrato de compraventa de acciones, tal como lo analizaremos más adelante.

En lo que hace a las medidas concretas para la protección de la información y su posterior utilización, en los casos de proceso de ventas de empresas de cierta envergadura, es común la implementación de los llamados “*data room*” en los cuales en un espacio de acceso restringido, el vendedor dispondrá información para consulta en persona por parte del comprador y sus asesores, limitando la posibilidad de retirar copias. Esto puede darse de manera física o también virtual a través de distintos sistemas que de manera electrónica permiten el acceso a la información de ciertas personas previamente identificadas y sujetas a deberes de confidencialidad. En todos los casos, la práctica recomienda que los deberes de confidencialidad asumidos por el comprador **(a)** se hagan extensivos a los asesores del comprador, incluso requiriéndole al comprador que acredite la suscripción de acuerdos de confidencialidad expresos con cada uno de sus asesores; **(b)** que tengan como beneficiario de dicho deber al propio vendedor; **(c)** que se limite el número de personas con acceso a la información confidencial y se los identifique; y que finalmente **(d)** exista un compromiso del vendedor de destruir o devolver toda la documentación recibida si fracasare la transacción.

Por último, dada la dificultad que implica probar la medida del daño consecuente de la violación al acuerdo de confidencial, es usual acordar una cláusula penal que sirva de

disuasivo suficiente y permita tener tasado el eventual daño de antemano, limitando así las cuestiones a discutirse en un eventual pleito.

Exclusividad

La sola participación de las partes en un proceso de compraventa genera efectos diversos. Más allá de los costos vinculados con la auditoría y negociación de los documentos de la transacción, el vendedor estará privilegiando a un potencial comprador por sobre otros, y hacia adentro, dando el mensaje de que tomó la decisión de venta con su consiguiente impacto en los planes futuros y la estabilidad de los empleados de mayor categoría. Del lado del comprador, embarcarse en estos procesos con un vendedor puntual implica posponer negociaciones con otros potenciales vendedores, señalar un apetito expansivo y alocar recursos al proceso de compra, que de otra manera estarían concentrados en el negocio existente.

Estas razones justifican la incorporación de cláusulas referidas a la exclusividad que las partes se darán recíprocamente durante el plazo que duren las negociaciones. Conjuntamente con el acuerdo de exclusividad, suele pactarse el compromiso por parte del comprador de no contratar personal de la empresa que analiza ni de competir con ella en caso de no celebrarse definitivamente la compraventa.

La excepción a la exclusividad se da en los procesos donde existen múltiples interesados, que participarán de un proceso licitatorio o competitivo. Esta variante podrá maximizar el precio o provocar el desinterés de potenciales compradores. Dependerá en gran medida de las características de la Sociedad que se vende, la conveniencia o no de este tipo de procesos.

Reserva, seña o muestra de seriedad

Aun cuando no suele ser tan común como en otros negocios (el inmobiliario por ejemplo), el vendedor podría requerir el pago de cierta suma de dinero inicial. Este pago inicial servirá para hacer más onerosa la salida de la negociación para el potencial comprador y así balancear, al menos parcialmente, la inicial disparidad entre un vendedor que abre las puertas de su empresa gratuitamente (con el único incentivo de la posible venta) y un comprador que, en un principio, solo arriesga su tiempo y gastos limitados. Toda vez que exista un pago

inicial, las partes deberán ser claras en la determinación de la naturaleza o función de dicho pago.

La jurisprudencia muestra un reciente fallo¹⁰ en el cual un potencial comprador realizó una oferta que denominó irrevocable y reforzó con la entrega de un cheque a un escribano de su confianza como muestra de seriedad. Los propios términos de la oferta y las negociaciones posteriores de las partes dejaron claro que la consumación de la transacción se encontraba condicionada a la realización de un *due diligence* satisfactorio por parte del interesado. A resultas del mismo, el interesado decidió no avanzar con la transacción y solicitó la devolución del valor dado como garantía de mantenimiento de la oferta. El vendedor cuestionó dicho proceder y reclamó el cheque en cuestión como compensación por la terminación de las negociaciones. El juez dirimió la cuestión en beneficio del comprador privilegiando la literalidad y el espíritu de la negociación, donde resultaba claro que la operación en su conjunto se encontraba condicionada al *due diligence* satisfactorio y que el actor había, en su demanda, omitido cuestionar la entidad de las causas que motivaron dicha salida del negocio por parte del interesado, cuestión que hubiera quizás dado acción al actor de comprobarse que tal salida era infundada e inconsistente con la buena fe negocial que debía regir el proceso.

Lo interesante del caso es la discusión que omite por no haber sido una cuestión controvertida, pero que está en la génesis del conflicto entre las partes: la naturaleza del negocio jurídico celebrado. Parados frente a la disyuntiva de elegir el mejor instrumento legal para iniciar una relación que tiene como objetivo culminar con la compra de las acciones de la Sociedad y en la cual las partes requieren que exista cierto desembolso inicial por parte del comprador, surgen diversas alternativas.

Así, el desembolso inicial podría encontrar encuadre claro en alguna de las figuras usualmente utilizadas en el campo inmobiliario como pueden ser la reserva o seña, y la opción. Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo de cada una de estas figuras recordamos que la reserva suele ser el instrumento principal a través del cual un interesado demuestra interés y propone un cierto precio para la compra de un activo. La misma puede estar dirigida al propio vendedor o a un intermediario. Se suele asimismo establecer un plazo durante el cual la reserva estará vigente (es decir, dentro del cual no podrá ser revocada por el interesado). Una vez aceptada

¹⁰ CNCom., Sala D, 2010/10/28, “Vicente Norberto Carlos José y otro c. Sociedad Latinoamericana de Inversiones S.A.”, *La Ley* 2011-B-12

por el vendedor, tiene como efecto principal sacar al activo del mercado en el sentido de habilitar una negociación exclusiva entre interesado y vendedor sobre la base del precio y demás condiciones detalladas en la reserva. Una reserva no constituye un contrato de compraventa, no obstante, produce importantes efectos: del lado del interesado, si luego este se arrepiente, perderá la suma entregada como penalidad por retirarse del negocio; del lado del comprador, una vez aceptada la misma, genera el mismo efecto de una seña penitencial¹¹, es decir, el deber de devolver la suma entregada más otro tanto. Esta mecánica, que suele funcionar sin problemas en materia inmobiliaria, puede generar mayores complicaciones en el ámbito de una compraventa de acciones donde las cuestiones a acordar por las partes y los documentos que implementan la operación son múltiples y complejos. En efecto, la instrumentación de una operación inmobiliaria suele ser más lineal y los documentos que la vertebran más estandarizados. Por el contrario, aun existiendo un primer acuerdo en lo que hace a precio y otros términos y condiciones básicas del negocio, las partes deberán recorrer un largo camino para materializar la operación de compra de una empresa, lo que puede generar discusiones respecto al funcionamiento de la reserva (aun luego de convertida en seña) ya que la salida del negocio puede deberse a desacuerdos sobre cuestiones que todavía no eran objeto de negociación o sobre la implementación de las ya acordadas.

Otra alternativa disponible en esta instancia para las partes es suscribir una opción de compra, la que podría implementarse como paso posterior a la carta de intención o simplemente servir como el puntapié inicial del proceso. En una opción, el interesado (tomador) pagará una determinada suma de dinero inicial (prima) al vendedor (dador) a efectos de que este le otorgue el derecho de decidir en un momento futuro si adquirirá o no las acciones de la Sociedad. La prima no es en principio reembolsable por el vendedor, independientemente de que se ejerza o no la opción, con lo cual le servirá para compensar parte de los gastos y costos vinculados con el proceso de venta. El precio al que se ejercerá la opción de compra suele estar fijado de antemano y la prima puede ser o no a cuenta del mismo. En las formulaciones más puras de los contratos de opción, la prima suele ser calculada en función de la volatilidad del activo subyacente, siendo mayor la prima cuanto más volátil sea el activo, de modo que aquella compense el mayor riesgo asumido por el vendedor en caso de tener que enajenar un activo a un valor inferior a su valor de mercado.

¹¹ Artículo 1.202, Código Civil.

En relación a la estructura de opción, cabe una breve referencia al artículo 13, inciso 5 de la Ley 19.550,¹² que establece la nulidad de las estipulaciones que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva. Dicha norma y las interpretaciones extensivas de la misma, hace que se deba actuar con suma prudencia al estructurar una compraventa de acciones sobre la base de acuerdos de opción de compra, en particular, cuando el precio de ejercicio de la opción está fijado de antemano de un modo rígido (es decir, cuando la opción funciona en su forma más pura como un contrato aleatorio).

Sea cual sea la alternativa seguida, siempre que exista un desembolso inicial y anterior a la celebración de un acuerdo de compraventa, las partes deberán cuidar de darle al mismo un encuadre adecuado y ser precisos respecto a los mecanismos de devolución o pérdida de los fondos según se avance o no con la transacción. Como corolario de este punto, concluimos que la pericia del abogado en esta instancia se centrará en permitir a las partes una negociación lo menos condicionada posible para su propio cliente y una salida clara y de bajo costo, en caso de no proceder con el negocio.

2.3) El proceso de *due diligence*

Una vez celebrada la carta de intención o documento similar, es esperable que el comprador realice un proceso de auditoría, conocido como *due diligence*. En este proceso, se intentará reducir la asimetría de información existente entre las partes. Al comprador, el acceso a información de la Sociedad le permitirá confirmar su decisión de compra y valorar o confirmar la valuación del activo que adquirirá. Por este motivo, el comprador pretenderá que la información sea lo más completa posible, aun cuando su análisis implique costos relevantes. El vendedor, por su parte, se mostrará reticente a abrir por completo las puertas de su empresa, consciente de la posibilidad de que la compraventa no se materialice y del riesgo de que la información suministrada pueda ser utilizada en el futuro de una manera que lo impacte negativamente. El *due diligence* suele abarcar las áreas legal, contable, impositiva, financiera y técnica. El alcance de la auditoría dependerá de varios factores, como el tiempo y el costo asignado, y estará finalmente condicionado por la actividad que desarrolle la Sociedad.

El primer punto a auditar en el caso de venta de acciones es el propio activo a ceder, es decir, las acciones objeto de la compraventa. Será entonces el punto de partida analizar los libros

¹² Ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales, B. O. 30/03/1984 y sus modificatorias (“Ley de Sociedades”).

societarios de modo de confirmar la efectiva titularidad de las acciones, su nivel de integración, la vigencia de la Sociedad y la debida registración de aquellos actos registrables (tales como modificaciones estatutarias y designaciones de autoridades). La revisión de dichos documentos (en particular del libro de actas del directorio), permitirá también tener una referencia concreta y específica de los negocios realizados y proyectados.

Luego, el *due diligence* se centrará en la actividad de la empresa. Así encontramos como capítulos relevantes del proceso de auditoría: **(i)** la revisión de los contratos celebrados (suelen incluirse solo contratos materiales definidos según determinada pauta); **(ii)** la revisión del cumplimiento de la normativa en materia laboral y previsional (área en la que es común encontrar luego pasivos ocultos); **(iii)** análisis de registros de marcas y patentes; **(iv)** revisión de derechos reales (en particular de dominio sobre inmuebles); **(v)** cumplimiento de normativa impositiva; **(vi)** cumplimiento de normativa cambiaria; **(vii)** litigios (podrán describirse con un dictamen legal del abogado a cargo, estimando la probabilidad de éxito del reclamo). Finalmente, resulta aconsejable pactar plazos acotados y criterios de materialidad razonables para el desarrollo de la auditoría, de modo que la misma no implique una traba al proceso de venta.

3. El contrato de compraventa de acciones

La Ley de Sociedades Comerciales poco dice respecto de los requisitos y estructura que debe contener el contrato de compraventa de acciones. En efecto, el artículo 215 indica que se debe notificar a la Sociedad la existencia de la cesión para que esta efectúe las inscripciones pertinentes del nuevo accionista, y nada más. Ni siquiera el instrumento público requerido para las sociedades de responsabilidad limitada es exigido en este caso. En este sentido, el contenido del contrato de compraventa de acciones estará enmarcado dentro del principio de autonomía de la voluntad.

Los capítulos principales del contrato de compraventa de acciones regulan las siguientes cuestiones: **(a)** la determinación del activo que se cede (acciones, derechos vinculados a las acciones tales como créditos de los accionistas y dividendos no cobrados); **(b)** precio y mecanismo de ajuste incluyendo posible precio variable o contingente; **(c)** mecanismos para el perfeccionamiento de la operación incluyendo los pasos que deben tomar cada una de las partes al momento de la firma y de cierre de la operación (es decir, al momento en que se hayan cumplido las condiciones precedentes o pasos previos a los que se ha supeditado el

perfeccionamiento de la operación); **(d)** condiciones previas, incluyendo cuestiones vinculadas a las autorizaciones regulatorias a las que se sujete la operación (en particular, autorización por parte de las autoridades de defensa de la competencia cuando por el volumen de la transacción esta sea requerida); **(e)** declaraciones y garantías de las partes; **(f)** indemnidades; y **(g)** otras obligaciones de las partes y cuestiones misceláneas.

La finalidad del acuerdo de compraventa para el comprador radica en obtener seguridades respecto a que recibirá aquello que él piensa haber adquirido. Esta inquietud se torna todavía más relevante cuando el precio se paga al momento de la celebración del contrato. El vendedor, por su parte, no necesitará en ese caso garantías sobre el pago. Esta falta de equivalencia de origen explica por qué la mayoría de los mecanismos bajo el contrato de compraventa de acciones tienden a proteger los intereses del comprador.

Las cuestiones que se desarrollan a continuación son en alguna medida paliativas de esa indefensión de origen a la que está expuesto el comprador, reconociendo de antemano que un comprador sofisticado y racional entenderá que incertidumbre y riesgo son siempre a costa de un menor precio.

3.1) Fijación de precio y mecanismos de ajuste

Hay determinados activos cuyo precio tiene un valor altamente incierto: el caso de las acciones es uno de ellos. En efecto, aun para aquellas sociedades cuyas acciones cotizan en algún mercado autorregulado y que, por lo tanto, tienen un “precio de mercado”, determinar su valor puede resultar muy complejo. Del lado del comprador este analizará y asignará valor a la potencialidad de incorporar a la Sociedad a su grupo económico en términos, por ejemplo, de volumen de ventas o compras, así como desarrollos de sinergias variadas (incluyendo integración de la administración). Así, el precio que asigne el potencial comprador será subjetivo y podrá incluso diferir del precio que otros asignen al mismo activo. El vendedor por su parte, condicionará la fijación del precio a distintos factores, que incluirán su vocación de responder en caso de pasivos no conocidos y su permanencia en el mercado relevante.

Consecuencia de lo anterior es que la distancia entre el precio pretendido por cada parte puede resultar tal que el negocio se frustre antes de comenzar. Este es uno de los ámbitos donde el abogado puede contribuir de manera determinante. Una herramienta disponible consiste en la fijación de un precio dinámico, permitiendo generar mecanismos que contemplen las bases y

proyecciones tenidas en cuenta por el comprador para fijar su precio, entre otros factores que hayan sido tomados en cuenta por cada parte en su análisis subjetivo de valuación.

Desde otra óptica, los mecanismos de precio contingente pueden relativizar el principio mencionado por el cual la posición relativa del vendedor, una vez cerrada la operación, es la más favorecida ya que, salvo que exista falsedad en sus declaraciones, el comprador no tendrá recurso contra él. En este sentido, es común que el precio se ajuste de dos maneras. En primer lugar, puede preverse como mecanismo de ajuste la utilización de un parámetro contable que sea representativo de la situación financiera y patrimonial de la Sociedad. Se comparará dicho parámetro según el último balance de referencia preparado por el vendedor con anterioridad a la venta, contra un balance post-cierre preparado ya bajo la órbita del comprador. Este proceso puede complementarse con la designación de un tercero (usualmente una firma contable) que determinará de manera definitiva cualquier diferencia existente entre ambos estados contables frente al cuestionamiento de una de las partes. Una vez acordadas las bases de comparación (es decir, cada uno de los estados contables), se tomará en cuenta la variable elegida y se ajustará el precio generando una obligación de pago de precio adicional, reembolso, o neteo de pagos futuros, según corresponda. Estos mecanismos apuntan principalmente a validar la consistencia de lo informado por el vendedor en el marco de las negociaciones previas y proceso de auditoría, así también como la veracidad y calidad con la cual la Sociedad confeccionaba su información contable.

Como variante, es común que el precio tenga un componente contingente vinculado con un hito propio del negocio como podrían ser las ventas, ganancias netas de ciertos gastos (conocidas como EBITDA, según sus siglas en inglés¹³), u otro similar. Este tipo de mecanismos de re-determinación de precio incluyen en su consideración no solo el pasado y la calidad de la información suministrada sobre el activo, sino también cuestiones posteriores a la fecha de cierre de la operación, que indican de qué modo las expectativas del comprador en materia de sinergias, integración comercial u otras pudieron materializarse. Esta circunstancia hace también que la identidad y características propias del comprador resulten relevantes para que el vendedor defina la venta. Cierta activo podrá ser explotado con mayor eficacia y éxito por determinado comprador, mejor, incluso, que por el propio vendedor. Esta

¹³ En castellano, ingresos antes de interés, impuestos, depreciación y amortización. Esta suele ser una de las medidas más comunes para medir los ingresos generados por la operación de una sociedad y, consecuentemente, su rentabilidad. Más aún, una de las fórmulas más comunes de valuación de empresas, determina el precio de una determinada empresa aplicando un múltiplo al EBITDA que surgirá de la valuación de empresas comparables, riesgo de mercado, riesgo del país en que opera la empresa u otros.

variante tiene la ventaja de alinear los intereses de las partes una vez producida la venta, con el objeto de una administración eficiente de potenciales pasivos y reclamos de terceros. La contracara de esta alternativa es que, cerrada la transacción, el comprador será quien, con sus decisiones comerciales y de negocio, influirá en mayor medida en el cumplimiento de los hitos previstos y en el éxito o fracaso del negocio, y así en el precio final a pagar.

Es común que se pacte la prestación de algún tipo de asesoría por parte del vendedor al comprador durante los períodos en los cuales se encuentre vigente un pago contingente. Esto permite balancear mejor el flujo de información durante el proceso de venta e incluso con posterioridad, y prolongar la relación entre las partes aun luego de operada la venta, con su consiguiente efecto positivo en los incentivos de las mismas para comportarse adecuadamente en la génesis del negocio. También permite una transición ordenada, reduciendo la posibilidad de competencia por parte del vendedor. No obstante, asesorar y controlar no son la misma cosa y en tal sentido los incentivos de cada una de las partes tampoco serán los mismos, ya que el vendedor (devenido en asesor) estará mayormente interesado en que se tomen decisiones comerciales que le permitan maximizar su precio contingente, mientras que el nuevo controlante analizará dichas acciones dentro de un contexto más amplio de generación de valor y eventualmente a un plazo más largo.

La inclusión de un precio contingente implica, desde la perspectiva del comprador, un signo de confianza del vendedor respecto de la calidad del activo que está cediendo, favoreciendo la fijación de un mayor precio.

Finalmente debe mencionarse la alternativa del precio diferido, aun siendo una solución obvia. El precio fijo, pero dividido en cuotas, permite al comprador compensar cualquier menor valor futuro del activo adquirido con saldo de precio. La sola circunstancia de la existencia de este mecanismo de pago, genera en el vendedor el incentivo concreto de identificar con precisión los pasivos que conoce de modo de que queden excluidos de cualquier pretensión indemnizatoria. Nuevamente, el vendedor capaz de aceptar este tipo de acuerdos generará en su contraparte un nivel de confianza tal que favorecerá (i) la minimización de los costos asociados con la transacción (auditoría y estructura de garantías), y (ii) la fijación de un precio mayor. La desventaja de este tipo de mecanismos puede estar en el incentivo que creará a favor del comprador para identificar e iniciar reclamos indemnizatorios pobremente fundados, ya que la discusión redundará en su beneficio toda vez que le permita dilatar el pago del saldo de precio (para limitar este riesgo suele acordarse el

desembolso integral del precio al momento de la transferencia, pero el depósito de una parte en una cuenta de garantía a liberarse luego de transcurrido cierto plazo).

3.2) Declaraciones y garantías

Como mencionamos, la producción de información suele ser cara y requerir mucho tiempo. Incluso asumiendo estos costos, la información que puede ser obtenida por el comprador a través de su producción independiente suele ser imperfecta.¹⁴

El otorgamiento de declaraciones y garantías por parte del vendedor es, conjuntamente con el procedimiento de auditoría, uno de los mecanismos principales tendientes a balancear la asimetría de información. Consiste sencillamente en la descripción del activo que se está vendiendo. En el caso bajo análisis, la descripción no se limita a las acciones sino que se extiende a la Sociedad cuyas acciones son objeto de transferencia. Así, esta sección del contrato suele ser extensa y detallada, siendo común que se incluyan anexos que describan los activos y pasivos identificados. A mayor detalle, menor espacio para reclamar que cierto pasivo o contingencia haya sido ocultado. Sin embargo, en algunos supuestos, más información no redundará en una reducción de la exposición por parte del vendedor. Como ejemplo, veamos lo que sucede con respecto a la declaración sobre la existencia de litigios: ¿alcanza con informar sobre la existencia de un litigio, sus partes, el monto reclamado y la situación procesal del caso, o conviene incorporar el análisis de mérito del abogado de la Sociedad que tiene a su cargo el expediente? Pareciera que no hay gran beneficio en optar por incluir el análisis del abogado, dado que si el resultado del litigio fuera el previsto, no habría ventaja adicional para el vendedor, mientras que si el análisis resultase erróneo, se le estaría dando al comprador motivos para cuestionar la veracidad de la declaración, aún con las salvedades que dicho análisis pudiera incluir. En este contexto, más puede significar menos. Todo pasivo no incluido debidamente en esta sección, disparará a favor del comprador el mecanismo de indemnización al que nos referiremos luego. En este sentido, será de interés del vendedor ser preciso en la redacción de esta sección, de modo que sirva como tamiz de reclamos futuros. El fundamento de su defensa será que el comprador conoció o debió haber conocido la potencialidad de la contingencia al momento de la fijación del precio.¹⁵

¹⁴ Gilson, "Value Creation by Business Lawyers", 244-247.

¹⁵ En el derecho anglosajón existe un término jurídico que grafica adecuadamente esta discusión: *sandbagging* y *anti-sandbagging* como el mecanismo para mitigarlo. En efecto, existirá *sandbagging* con su consiguiente potencial abuso por parte del comprador cuando entable un reclamo sobre la base de una declaración y garantía

Resumiendo, la finalidad de las declaraciones y garantías es doble: son una herramienta clave para la producción de información, y sirven al mismo tiempo para asegurar al comprador la efectiva implementación de los mecanismos indemnizatorios en casos de pasivos no declarados, y al vendedor su liberación, en casos de pasivos sí declarados.

Las siguientes *representaciones y garantías* son usuales en todo contrato de compraventa de acciones:

a. Representaciones sobre las acciones (fundamentales o básicas): (i) el vendedor es el dueño de las acciones de la Sociedad y es capaz (de hecho y de derecho) de llevar adelante la operación de compraventa en los términos planteados; y (ii) las acciones “existen”, es decir, han sido válidamente emitidas, incluyendo la descripción de su nivel de integración y los gravámenes que pudieran tener. Estas representaciones son básicas en el sentido de que todo vendedor de buena fe estaría en condiciones de darlas sin limitación. Estas declaraciones podrían razonablemente considerarse implícitas cuando no estén incorporadas en el contrato (en particular las relativas a la propiedad y capacidad de cesión). Esto no ocurre, a nuestro criterio, con las declaraciones relativas a los negocios de la Sociedad que desarrollaremos a continuación.

b. Representaciones sobre la Sociedad: este suele ser el capítulo que requiere mayor discusión y negociación entre las partes, incluyendo la preparación de engorrosos anexos al contrato que dan contenido a las propias representaciones o detallan exclusiones a las mismas. La relevancia de esta cláusula es la respuesta a la pregunta de si existen garantías implícitas respecto de la integridad patrimonial del activo que se está cediendo. En otras palabras, si adicionalmente a garantizar el vendedor que es titular de las acciones que cede y que tiene capacidad para hacerlo, este también está garantizando el valor del negocio subyacente. Consideramos que no. Entendemos que el comprador debe hacer su propia evaluación del negocio y hacerse cargo de sus aciertos y errores. Eventualmente tendrá a su disposición las herramientas que el derecho le pueda otorgar para el caso, por ejemplo, en que le haya sido ocultada información o en el que algún accionar extraordinario del vendedor (no previsible según el giro ordinario del negocio) hubiese generado un daño. Pero aun cuando sostengamos la postura restringida respecto del alcance de dicha garantía, dado que se reconocen también fundamentos para quienes sostienen que el vendedor garantiza implícitamente la integridad patrimonial (por ejemplo argumentando que los estados contables conocidos antes de la venta

que resultó siendo inexacta, cuando el propio comprador sabía de antemano dicha inexactitud producto de la información brindada por el mismo vendedor.

debieron reflejar adecuadamente la situación patrimonial), consideramos esencial redactar con claridad dicho alcance.

La negociación del alcance de estas declaraciones suele ser posterior a la realización del proceso de *due diligence*, ya que se fundamenta en los resultados arrojados por el mismo. Desde un punto de vista práctico, la negociación suele comenzar con una propuesta del comprador donde se listan las representaciones que se le exigen al vendedor con la intención de cubrir todos los aspectos importantes de la operatoria de la Sociedad. Así suelen requerirse declaraciones y garantías específicas sobre los siguientes aspectos: laborales y de seguridad social, ambientales, impositivos, litigios, contratos, transacciones con partes relacionadas, cuestiones regulatorias vinculadas con la operatoria de la Sociedad, operaciones financieras y cambiarias, derechos reales y de propiedad intelectual, entre otros.

Además, suele incluirse una declaración muy poderosa desde el punto de vista del comprador: la declaración sobre la exactitud de estados financieros e inexistencia de pasivos ocultos. Esta puede funcionar como una suerte de reaseguro de que el resto de las declaraciones cubren los aspectos fundamentales de la operatoria de la Sociedad, en tanto que, por normas contables, los estados financieros de la Sociedad deben incluir entre las cuentas del pasivo o sus notas aclaratorias aquellas obligaciones asumidas por la Sociedad por cualquier causa, incluyendo las que todavía no se han materializado.

Es en este tipo de declaraciones donde sí es posible (y necesario) calificar su alcance. De esta forma el vendedor podrá sostener que no puede tener certeza de la inexistencia de pasivos no incluidos en los estados contables, pero podrá declarar al menos que no tuvo conocimiento de los mismos. Una discusión clave en este punto tendrá como eje el aspecto subjetivo. Es decir, si en caso de que no se verifique luego la declaración, será necesario que el pasivo haya sido “ocultado” intencionalmente por el vendedor o bastará con que no haya sido denunciado, aun cuando haya sido desconocido por este. La jurisprudencia no es pacífica al respecto, de modo que será esencial que el contrato contenga una referencia expresa y clara sobre este punto. Una fórmula posible será entonces calificar las declaraciones del vendedor según su leal saber y entender. Consideramos apropiado incluir como fórmula contractual que no debiera ser necesario exigir la prueba de la intencionalidad del vendedor en ocultar cierto pasivo potencial (dada la dificultad que ello implicaría), pero este tampoco debiera poder liberarse de su responsabilidad alegando sencillamente su desconocimiento cuando por las circunstancias particulares debió haber conocido el hecho que causó dicho pasivo potencial.

En una de las oportunidades en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) tuvo que opinar sobre la declaración efectuada por el vendedor respecto a la inexistencia de pasivos ocultos, la sola declaración fue considerada suficiente para obligar al vendedor a responder por penalidades que debió soportar la Sociedad por terminación anticipada de contratos con partes relacionadas al vendedor y celebrados en las vísperas de la venta, que incluían mecanismos de terminación excesivamente onerosos para la Sociedad.¹⁶ Asimismo, en un fallo reciente¹⁷, la CSJN asumió una postura amplia respecto al concepto de pasivo oculto, revocando el fallo del tribunal inferior que refería a la ausencia del elemento subjetivo. Para la CSJN bastó con la falta de inclusión de ciertos pasivos contingentes (juicios en contra) por parte de los vendedores (en el caso puntual y en virtud de las declaraciones formuladas en el contrato correspondiente), para que estos debieran responder frente a los compradores. Sin perjuicio de compartir o no el criterio adoptado por la CSJN, la conclusión es que el debate existe y, en consecuencia, resulta esencial acordar con precisión en el contrato el alcance de las garantías a dar por los vendedores, incluyendo el plazo para efectuar los reclamos.

Otro punto clave de la negociación consistirá en determinar la fecha de cierre a la cual se referirán las declaraciones. Esa fecha podrá coincidir, entre otras, con la fecha de firma del contrato de compraventa, con la del último balance auditado, o con la de cierre de la operación (que podrá estar sujeta a condiciones suspensivas).

Ausencia de declaraciones y garantías versus garantía total

Aun cuando no es lo más común, existen operaciones de compraventa que se acuerdan sobre la modalidad de “tranquera cerrada”, en las cuales el vendedor no efectúa declaración alguna sobre los negocios de la Sociedad que vende y, para reforzar esto, se le pide al comprador que expresamente diga que la compra la efectúa sobre la base de su propio y exclusivo análisis, aun limitado, asumiendo los riesgos derivados del mismo. La consecuencia esperable de esta

¹⁶ CSJN, “Inversiones y Servicios S.A. c. Estado Nacional Argentino”, 1998, *Fallos* 322:1580. En este fallo, se discutió asimismo si la acción resarcitoria debía encuadrarse como acción por vicios redhibitorios con una prescripción más acotada o correspondía tratarla como un reclamo contractual más genérico aplicándose entonces la prescripción decenal, siendo esta última la postura de la mayoría del Tribunal. En efecto, respecto a la prescripción aplicable a los reclamos por pasivos ocultos, existe cierta discusión sobre el plazo que debe aplicarse. Así, se ha sostenido que dado que el reclamo por existencia de pasivos ocultos importa la existencia de un vicio redhibitorio, corresponde aplicar el plazo exiguo de tres meses o seis meses (artículos 4.041 Código Civil y 473 del Código de Comercio, respectivamente). Consideramos que una adecuada redacción contractual, debe tener por efecto que una declaración falsa sea considerada incumplimiento contractual y, en consecuencia, de aplicación el plazo de prescripción decenal vigente en materia contractual.

¹⁷ CSJN, “Pocoví Osmar Miguel y otro c/ Brenna Horacio Marcelo Santos y otros”, 2011, *Fallos* 334:582.

modalidad será una reducción del precio. No solo incidirá en la valuación del comprador la falta de acción contra el vendedor por los pasivos no conocidos, sino también la inquietud que generaría en el proceso de negociación un vendedor que no quiere responder en absoluto por el negocio que estuvo administrando.

La variante opuesta a la venta a tranquera cerrada es la asunción por parte del vendedor de una obligación indemnizatoria por la totalidad de los pasivos no incluidos en los estados contables y por la inexactitud de las declaraciones y garantías efectuadas en el contrato. Este tipo de acuerdo tiende a maximizar el precio a obtenerse por la venta. La confianza del vendedor en la calidad del activo que cede es tal que compromete su patrimonio al asumir una indemnización que podría superar el precio de la venta. Precisamente por este motivo esta alternativa es inusual y en los casos en los que se acuerda, suele limitarse la indemnización que corresponda al precio de la operación.

3.3) Condicionamientos regulatorios

Las operaciones de transferencia accionaria en ciertas industrias reguladas (bancos, empresas de seguros, concesionarios de servicios públicos, etc.) suelen requerir autorización del organismo de control como condición para el perfeccionamiento de la operación, cuando la transacción implique un cambio de control o modificación significativa en la estructura accionaria de la Sociedad. Esto es así por la importancia que tiene la identidad del accionista en ciertos sectores, ya sea por el respaldo patrimonial o por los antecedentes técnicos que se esperan del controlante.

En este punto hay que destacar también las autorizaciones en materia de defensa de la competencia que suelen requerirse para transacciones de cierta envergadura.¹⁸ Esta autorización resulta necesaria cuando la actividad de la Sociedad, sumada a la del potencial comprador en el país en cuestión, tiene cierta relevancia (considerada en valores de facturación conjunta), y cuando la modificación accionaria implica un cambio de control. A su vez, suelen existir ciertas excepciones cuando el monto puntual de la transacción es bajo (aun cuando se supere el monto de facturación conjunta) o cuando el comprador está haciendo

¹⁸ Nótese que en la actualidad, producto de la inflación imperante en los últimos años y frente a la ausencia de adecuación de los topes aplicables, transacciones que involucran a sociedades de menor actividad pueden quedar sujetas a control de la autoridad de defensa de la competencia. Actualmente, el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 dispone que se requiere autorización previa cuando la facturación anual conjunta de comprador y Sociedad ascienda a \$200.000.000. Véase Ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia, B. O. 16/09/1999.

su primera inversión en otra economía (excepción por *first landing*). En este contexto se le suele requerir al vendedor que represente los niveles de facturación de la Sociedad a efectos de permitir al comprador analizar la aplicabilidad de requisitos de autorización previos. Sobre la base de la información que se obtenga en este sentido, suelen desarrollarse luego distintas alternativas de estructuración para dejar los riesgos vinculados con la autorización en cabeza de uno u otro de los contratantes y acordar los mecanismos de gestión de la autorización (aun cuando regulatoriamente, al menos en nuestro país, la obligación pesa por igual en cabeza de comprador y vendedor).

Lo usual es que este tipo de autorizaciones funcionen como una condición suspensiva o resolutoria de la transacción, según la transacción se consume o no (entendiendo dicha consumación como pago de precio y transferencia del paquete accionario) antes o después de obtenida la misma. Nótese que cuando la condición opere como resolutoria producirá efectos retroactivos generando diversas cuestiones en lo que respecta a la necesidad de “deshacer” transacciones que, desde el punto de vista práctico, ya implicaron un cambio de control.

3.4) Mecanismos indemnizatorios

Las declaraciones y garantías se vuelven operativas por los mecanismos indemnizatorios que las respaldan. De poco valdría una declaración sobre “exactitud de los estados contables” de la Sociedad que se vende si no existiera un mecanismo que castigara una eventual inexactitud o pasivo oculto. Si bien los mecanismos indemnizatorios que suelen incluirse en los contratos de compraventa de acciones se basan en principios similares a los de las garantías de saneamiento aplicables a la compraventa (evicción y vicios redhibitorios), por la naturaleza eminentemente supletoria de estos institutos, las partes suelen acordarles alcance y contenido propio.

Asimismo, las partes suelen acordar que los mecanismos indemnizatorios regulados contractualmente serán los únicos que resulten aplicables frente a incumplimientos de sus obligaciones bajo el contrato, incluyendo inexactitud de las declaraciones efectuadas por el vendedor. Si esto no fuese así, el comprador podría optar además del reclamo indemnizatorio bajo el contrato, pertinente a la órbita contractual, por cualquiera de los mecanismos que la normativa supletoriamente aplicable pone a su alcance.

Como fue mencionado anteriormente, el vendedor suele obligarse a responder frente al comprador, principalmente, por la inexactitud de las declaraciones y garantías contenidas en

el contrato. Ahora bien, esta responsabilidad suele estar sujeta a determinados límites que tienden también a alinear los incentivos de las partes:

a. Una primera limitación surgirá del conocimiento que se tenga del potencial pasivo, intentando plasmar las cuestiones que puedan haber surgido en el proceso de auditoría. Aquí es esperable que el vendedor solo realice declaraciones relacionadas con situaciones que conoce (ejemplo, un juicio del que fue notificado, pero que no está incluido en los estados contables). Si el comprador pudiera probar que el vendedor conocía el pasivo y no lo declaró, entonces podrá reclamar el daño consecuente. La redacción de esta calificación suele requerir especial atención dado que condiciona el capítulo en su totalidad. En general se opta por incluir en esta calificación que el comprador declara según su “leal saber entender”, de modo de cubrir no solo los hechos que el vendedor conoce, sino aquellos que debió haber conocido por su posición como accionista y/o administrador, según el caso. Con la inclusión de información relevante sobre pasivos actuales y contingentes, se pretende que el comprador asuma cierta responsabilidad por el *due diligence* efectuado y la información que recibió con anterioridad al cierre del negocio.

b. Limitaciones en cuanto a plazo: van desde la prescripción de las acciones que correspondan según la naturaleza de la acción (por ejemplo, reclamo laboral, impositivo, contractual, etcétera) a plazos más cortos y aplicables a todas las posibles acciones cuando el vendedor busca una salida rápida y limpia del negocio, pasando por mecanismos intermedios donde se fijen distintos plazos según el tipo de industria y las posibles contingencias involucradas. Indiscutiblemente, incidirán en la fijación de los plazos los esfuerzos previos para compartir y analizar información sobre la Sociedad.

c. Limitaciones en cuanto a montos: todo vendedor quiere proteger al máximo el precio obtenido en la transacción. En consecuencia, suele imponer topes (porcentuales la mayoría de las veces) al monto indemnizable. También suelen negociarse límites en cuanto a montos mínimos, de manera tal que el mecanismo indemnizatorio solo se dispare por cuestiones que tengan cierta entidad o cuando exista un número importante de cuestiones menores que en el monto agregado terminen siendo gravitantes. La negociación en torno al límite cuantitativo de la indemnización cobra relevancia también cuando los vendedores son más de uno y el comprador exige solidaridad entre ellos para hacer frente a las obligaciones emergentes del contrato de compraventa, exigencia que suele ser resistida por los vendedores.

d. Derecho del vendedor a controlar la defensa del reclamo cuando se trate de reclamos de terceros. Esto tiene por finalidad permitir al vendedor mitigar su obligación de indemnización a través de una defensa eficiente del reclamo. No obstante, dependiendo del objeto del reclamo, el comprador y la Sociedad estarán interesados en limitar las facultades del vendedor en lo que respecta a los argumentos de defensa a utilizar y a toda acción que pueda implicar admisión de responsabilidad, ya que la misma podría afectar otros litigios en curso o habilitar nuevos reclamos. Por este motivo, se suele otorgar al comprador la facultad de designar a su costo una co-defensa y el derecho a objetar cualquier acuerdo transaccional o admisión de culpabilidad. Nuevamente se busca establecer mecanismos que alineen los incentivos de las partes por lograr una salida lo menos costosa posible frente a eventuales reclamos por contingencias.

e. El efecto pretendido de limitar la obligación de indemnizar al comprador por los pasivos no informados suele desaparecer cuando existe “dolo” por parte del vendedor.

Los mecanismos indemnizatorios suelen complementarse con esquemas de “garantía”, que servirán también para efectivizar cualquier ajuste de precio que corresponda según lo analizado más arriba. Entre ellos, pago de precio escalonado (o retención de precio), *escrows*, fianzas, prendas de acciones, entre los más usuales.

4. Conclusión

La venta de un paquete accionario suele ser una operación ajena al giro ordinario de los negocios de los vendedores. Muchas veces las partes del contrato, con sumo conocimiento de la gestión del negocio puntual, carecen de experiencia en la compra o venta de acciones. La intervención del abogado resulta así determinante para el éxito del negocio, haciéndolo en primer término viable y reduciendo luego la litigiosidad y contingencia para sus partes.

Hemos descripto el proceso de compraventa de empresas e identificado los problemas que comúnmente se presentan. Aun cuando cada negocio particular necesite soluciones específicas, sí es posible recurrir a procesos y fórmulas contractuales probadas que recogen soluciones de experiencias pasadas, de aciertos y de fracasos.

El presente trabajo pretendió presentar problemas prácticos y discusiones doctrinarias desde la perspectiva del abogado transaccional, con el objeto de proponer soluciones también prácticas que agreguen valor al negocio para todas sus partes.

Backhouse, Constance. *De la couleur des lois: une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950* (Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2010)

Julio César Rivera ♦

En el reciente congreso de la *Académie Internationale de Droit Comparé* celebrado en Taiwán (mayo 2012), uno de los temas tratados fue el de la codificación de los derechos humanos. El profesor Giuseppe Franco Ferrari afirma en su *General Report* que: “los derechos son definitivamente la idea más fuerte en la evolución del derecho público en el siglo XX, por lo menos después de la segunda guerra mundial, y van a ser cuanto menos igualmente importantes en el nuevo milenio”¹; y continúa: “los derechos humanos y el mercado son probablemente las dos ideas más diseminadas y respetadas en el mundo contemporáneo. Sin embargo, mientras existe amplia literatura económica, sociológica y política criticando la ideología del mercado [...] virtualmente no hay críticas a la filosofía de los derechos humanos”² [traducciones propias].

Lo cierto es que tales *derechos* también se proyectan en el derecho privado, pues la afectación de los mismos da lugar a reparaciones, a acciones preventivas de esas afectaciones y aun a la supresión de conductas que constituyan una lesión actual o inminente a ellos.

En ese marco se desarrolla el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y de los que pertenecen a culturas diferentes a los de la generalidad de la población de un Estado determinado, dando lugar a la problemática que conocemos bajo el término multiculturalismo. El multiculturalismo, y dentro de él, la problemática particular de los pueblos originarios, supone y requiere el reconocimiento de la existencia de tales pueblos originarios así como de su derecho a la igualdad jurídica y al respeto de su identidad.

♦ Socio fundador del estudio jurídico Julio César Rivera Abogados. Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (desde 1984) y profesor titular de Contratos en el Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés. Es especialista en derecho de la insolvencia (concurso preventivo, quiebras, reestructuraciones de deuda y acuerdos preventivos extrajudiciales), derecho societario, arbitraje doméstico e internacional, litigios comerciales complejos, derecho bancario y derecho civil. Obtuvo su título de abogado en la Universidad del Salvador (Medalla de Oro) en 1970. En la misma Universidad se doctoró en Derecho de la Jurisprudencia en 1974. Previo a ejercer el derecho en el ámbito privado, el autor se desempeñó como Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial (1978-1982) y Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (1982-1985). Fue socio del Estudio del Dr. Alegría (1985-1993).

¹ Giuseppe Franco Ferrari, “The Codification of Human Rights at National and International Levels. General Report”, (Ponencia presentada en el Congreso Intermedio de Derecho Comparado, Taiwán, 2012).

² Ferrari, “The Codification...”.

Mucho se ha avanzado en tales materias en los últimos decenios, pero así como “el derecho civil italiano no nació con el Código de 1942”³, la temática de los derechos y en concreto la problemática de la identidad de los pueblos originarios y del multiculturalismo no nacieron por generación espontánea a mediados del siglo XX, sino que constituyen una consecuencia de múltiples factores filosóficos, históricos, ideológicos, sociológicos, políticos, económicos, etc.

No es del caso dar aquí una lección de filosofía, materia que nos es ajena, pero nos permitimos recordar que justamente después de la segunda guerra hay una suerte de retorno a las fuentes y en particular al pensamiento kantiano, con lo cual constituye uno de los *prius* lógicos del derecho el reconocimiento en cada ser humano de una dignidad, lo que impone respetar su integridad física y su personalidad espiritual proyectada en identidad, imagen, intimidad y honor.

Pero lo cierto es que no siempre fue así: durante siglos, el extranjero, el aborigen, el perteneciente a una confesión religiosa minoritaria, el distinto, no fueron reconocidos como sujetos de derecho plenos.

Ello fue particularmente ostensible en el tratamiento dispensado por los colonos europeos (o descendientes de europeos) a los pueblos originarios subyugados. Aun luego de terminadas las acciones de conquista territorial y sometimiento, la discriminación continuó y uno de los objetivos comunes a las políticas estatales consistía en el desconocimiento de la identidad de los pueblos originarios, la asimilación a la cultura europea y la discriminación.

Ejemplos de esas políticas pueden verse en muchos lugares, resultando muy conocida la situación en Australia, donde hasta se arrancaba a los hijos de los aborígenes de sus familias para ser criados y educados a la manera *occidental*.⁴ Ello ha dado lugar en los últimos tiempos a pedidos de disculpa pública del Estado por los daños cometidos a las víctimas de tales políticas.

Menos conocida es la realidad de Canadá. En general se tiene la imagen de que la sociedad canadiense es sumamente abierta, muy equilibrada y que ha desarrollado un sistema jurídico muy avanzado en la protección y tutela de los derechos fundamentales. La Constitución⁵, la

³ Cita renombrada del Profesor Rodolfo Sacco.

⁴ Richard Bartlett, “The Status of Indigenous People in Australia”, en *The Convergence of Legal Systems in the 21th Century. An Australian Approach*, eds. Gabriël Moens y Rodolphe Biffot (Brisbane: CopyRight Publishing, 2002), 159 y siguientes.

⁵ Parlamento de Canadá, Acta Constitucional de 1982, disponible en: http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/Const_index.html (consultado por última vez el 10 de julio de 2012).

*Déclaration Canadienne des Droits*⁶ y la *Charte Canadienne des Droits et Libertés*⁷ conforman un complejo haz legislativo que parece asegurar a todos los ciudadanos de cualquier origen sus derechos fundamentales: en particular, el derecho a la no discriminación por razón de raza, color, sexo, embarazo, orientación sexual, edad, religión, convicciones políticas, lengua, origen étnico o nacional, condición social, discapacidad, o por la utilización de un medio para paliar la incapacidad (art. 10 de la *Charte Canadienne des Droits et Libertés*).

Sin embargo el libro de la profesora Backhouse nos muestra una realidad absolutamente distinta y que predominó en la vida canadiense casi de manera indiscutida hasta muy avanzado el siglo XX. Su libro *De la couleur des lois*⁸ es un apasionante repaso de la legislación y la jurisprudencia canadiense de los primeros cincuenta años del siglo pasado que demuestra cómo el eurocentrismo cultural tendía a la supresión de la identidad de los pueblos originarios que habitaban el territorio canadiense, así como al trato discriminatorio que sufrieron asiáticos y negros.

No vamos a comentar todos los casos que trata la autora, pues basta con señalar algunos para ejemplificar esa política que hoy nos parece inaceptable y que sin embargo fue tan monolíticamente aceptada por las autoridades y por la inmensa mayoría de la población.

La primera sentencia que se comenta es la rendida por la Corte Suprema de Canadá el 5 de abril de 1939 en *Re Eskimos*⁹, caso en el que se discutía si los *esquimales* eran o no *indios* según la *Loi des Sauvages*¹⁰. La autora reconoce que es uno de los casos que ha podido reconstruir mejor, por lo que hace un recorrido por las afirmaciones de los abogados y las declaraciones de los expertos que intentan *clasificar* a los esquimales, que no son blancos, negros, amarillos ni rojos, sino *blanco amarillentos*, y que no llevan en su sangre los mismos orígenes que los pieles rojas claramente identificados como *indios* más allá de la reconocida ambigüedad, o mejor, inexactitud, de tal calificación. Ello llevó a algún experto a sostener que los esquimales e inuits¹¹ eran tan diferentes de un piel roja como podía serlo un inglés de un griego, un italiano o un hindú. La Corte Suprema finalmente decidió que los esquimales eran

⁶ Parlamento de Canadá, *Déclaration Canadienne des Droits*, sancionada en 1960, disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-12.3/> (consultado por última vez el 10 de julio 2012).

⁷ Parlamento de Canadá, *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, Constitución de Canadá, sancionada en 1982, disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/Charte/> (consultado por última vez el 10 de julio de 2012).

⁸ Constance Backhouse, *De la couleur des lois: une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950* (Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2010).

⁹ Corte Suprema de Canadá, "Re Eskimos", 5 de abril de 1939, ([1939] 2 D.L.R. 417; [1939] S.C.R. 104).

¹⁰ Parlamento de Canadá, *Estatuto Canadiense, Loi des Sauvages*, 1951.

¹¹ Nombre común para los pueblos esquimales que habitan las regiones árticas de América y Groenlandia.

indios en el sentido de la legislación vigente. Ella se fundó en observaciones y opiniones presentadas en el siglo XIX por personas de origen exclusivamente europeo. A la cabeza se encontraban los representantes coloniales del poder imperial británico, seguidos de lexicógrafos de los Estados Unidos. Ningún autóctono fue consultado, ni se dio la posibilidad de recibir una opinión de ellos sobre una cuestión que tendría importantes efectos sobre el estatus jurídico del grupo. De hecho, nadie parecía preocupado por tal omisión, según destaca la autora.

El segundo caso que comenta Backhouse es el de la criminalización de las danzas autóctonas. Una cierta *Acte des Sauvages*¹² proscribía ciertas danzas tradicionales, en el marco de una política que consideraba como una amenaza la preservación de las tradiciones autóctonas, por lo que debía propenderse a la eliminación de las lenguas de las Primeras Naciones y a promover la conversión de los autóctonos al cristianismo. Por esta razón, en la correspondencia de la época se advertía a las Iglesias que debían tratar de convencer a los Dakotas (indios) del carácter profundamente inmoral de sus danzas. En ese contexto, en julio de 1902 la comunidad Dakota de Oak River fue invitada a participar en la feria anual de Rapid City, una de las tantas ciudades que se iba haciendo próspera en los primeros años del siglo XX, y allí desarrolló la danza de las praderas sagradas. Como consecuencia de ello se inició un proceso contra Wanduta, uno de los jefes Dakota, el cual fue encarcelado y condenado a cuatro meses de trabajos forzados. Lo curioso es que el hombre de negocios de Rapid City que había invitado a los Dakota a presentar su danza, actuó inmediatamente protestando ante el ministro de Asuntos Indígenas contra tal decisión, pero sin éxito alguno. Por ello cinco miembros de la tribu se decidieron a ir a la ciudad donde estaba encarcelado su jefe para contratar un abogado. Si bien se comprometió a los abogados más importantes de la ciudad, Wanduta cumplió íntegramente su pena, lo que no le impidió seguir participando en los años siguientes de otras ceremonias tradicionales. De todos modos, la prohibición de las danzas ceremoniales y su caracterización como infracción penal, recién fueron derogadas en 1951.

Otros casos son tratados con la misma profundidad, abarcando: el de la mohawk¹³ que había sido despojada de sus redes de pesca (*Sero v. Gault*¹⁴); el de la mujer china que pretendía abrir

¹² Parlamento de Canadá, *Acte des Sauvages*, 1876.

¹³ Los Mohawk son una tribu de la Confederación Iroquesa.

¹⁴ Suprema Corte de Ontario, “*Sero c. Gault*”, 20 de marzo de 1921, (50 O.L.R. 27; 20 O.W.N. 16, 64 D.L.R. 327).

un negocio y tener licencia para contratar mujeres blancas¹⁵, en contradicción con la *Législation du Travail des Femmes Blanches de Saskatchewan*¹⁶; el que muestra la reacción cómplice de las autoridades frente al ataque propinado por el Ku Klux Klan contra una pareja conformada por un negro y una blanca (*R c. Phillips et le Ku Klux Klan*¹⁷); y otros.

La autora concluye su rica investigación señalando que tanto la legislación como las autoridades y el pueblo en general estaban sumamente cómodos con la distinción de las razas en función del color de la piel: blanco, rojo, amarillo y negro; ello, más allá de ciertas imprecisiones que llevaban a que los japoneses fueran calificados a veces de *morenos (bruns)* y en otras como *amarillos*. Frente a esa realidad hubieron, sin embargo, voces valientes que se levantaron contra tales virtuales consensos; y no solo provenían tales voces de los mismos pueblos o personas discriminadas, sino también de miembros conspicuos de los *blancos*, como el juez de la Corte Suprema de Canadá Henry Davis quien escribió que la discriminación racial es contraria a la moral y al orden público. En la misma línea podían encontrarse también a canadienses comunes que rechazaban la interdicción de las danzas ceremoniales. De modo que – afirma la autora – la complejidad de los puntos de vista y la diversidad de las posiciones testimonian la importancia de investigar de manera profunda la historia del racismo en la sociedad y en el derecho canadiense.

A nuestro modo de ver, de esto último surge la mayor enseñanza que podemos extraer para nuestro propio derecho y para nuestra propia sociedad: sería muy importante investigar y estudiar seriamente el racismo en la legislación y en la sociedad argentina. Al fin y al cabo, quienes no aprenden de la historia están destinados a padecer las experiencias del pasado.

¹⁵ Corte del Rey, “*Yee Clun vs. City of Regina*”, 1925, [20 Sask L.R 232 (Sask K.B)].

¹⁶ Legislatura de Saskatchewan, *Législation du travail des femmes blanches*, 1912.

¹⁷ Suprema Corte de Ontario, “*R c. Phillips et le Ku Klux Klan*”, 1930.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Propiedad intelectual sobre programas de computación* (Buenos Aires: Heliasta, 2011), 220 páginas

Pablo Palazzi ♦

El libro que comentamos es la última novedad dentro de la importante lista de obras sobre propiedad intelectual y derecho de la competencia escritas por el profesor Guillermo Cabanellas. Se trata de un profundo análisis sobre la propiedad intelectual de los programas de ordenador.

El autor comienza con un desarrollo histórico de la evolución de la protección del software, lo que sirve de marco introductorio al problema de encontrar cuál es la mejor forma de amparar legalmente estas creaciones de la tecnología. Así se comentan las iniciales reformas de la Ley estadounidense y la Comisión CONTU (por sus siglas en inglés), como también las soluciones adoptadas por la Directiva Europea en materia de programas de ordenador.

El Capítulo II comenta la misma evolución dentro del derecho argentino. Así, el autor relata primero el paso administrativo consistente en la admisión al registro en la década del 80 de obras de software; segundo la jurisprudencia posterior tanto civil como penal de la década siguiente; y finalmente la inclusión de los programas de ordenador dentro del catálogo de obras protegidas mediante la reforma de la Ley 11.723¹ de Derecho de Autor. Es interesante en este punto el análisis que el autor hace del Decreto 165/94² sobre registro de software, en función de las reformas legales posteriores y al que califica de muy deficiente técnica legislativa.

♦ *Director de la Maestría y Especialización en Derecho Empresario, y Profesor de grado y posgrado de la Universidad de San Andrés. Es socio del estudio Allende & Brea. Dictó clases y cursos en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral. También fue profesor visitante en Fordham Law School en Estados Unidos durante el año 2010. Se especializa en las relaciones entre el derecho y las nuevas tecnologías y en propiedad intelectual. Ha participado en varios proyectos normativos sobre delitos informáticos, prueba informática, arbitraje de nombres de dominios y datos personales a nivel nacional y local. Es árbitro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO, por sus siglas en inglés) en materia de disputas sobre nombres de dominio.*

¹ Ley 11.723, y sus modificatorias, Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, B.O. 20/09/1933, disponible en: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm> (consultado por última vez el 21 de junio de 2012).

² Decreto 165/1994, Propiedad Intelectual, Protección de Software, B.O. 08/02/1994, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/9729/norma.htm> (consultado por última vez el 11 de junio de 2012).

El Capítulo III explica los diversos programas de ordenador existentes, su contenido y funciones. Esta explicación técnica es importante para quien carezca de un *background* informático o de tecnología.

En el Capítulo IV el autor aborda el nudo de la obra: la protección del software a través de los diversos regímenes de propiedad intelectual conocidos. Todas estas opciones de protección sobre una misma materia son de una gran complejidad, y es por ello que el autor termina calificándolas de un verdadero rompecabezas normativo. Pero más allá de estas complicaciones (que también encontramos en otras áreas, como la de las bases de datos), el autor es claro en señalar un problema central, no solo del software, sino de toda la tecnología digital: los programas de ordenador son costosos de generar y frecuentemente fáciles de reproducir. Por ende, los incentivos para escribir un programa de ordenador desaparecerían en ausencia de un sistema efectivo de propiedad intelectual que los tutele.³ Dentro de estas alternativas normativas, el autor examina la conveniencia y los límites de la protección a través del régimen del secreto comercial, patentes, derecho de autor, marcas, la competencia desleal y el sistema *open-source*.⁴

Las dos protecciones principales, la del derecho de autor y la de patentes, tienen tanto detractores como entusiastas promotores.

Muchas leyes han rechazado de plano la protección mediante patentes, con el argumento – según Cabanellas un tanto simplista – de que la protección ya se otorga mediante el derecho de autor.⁵ El citado tratadista aclara que la cuestión no es tan sencilla. El art. 27 del Acuerdo TRIPS (por sus siglas en inglés) no permite introducir distinciones entre las distintas áreas de la técnica, con el fin de excluir alguna de ellas de patentamiento; de allí se ha inferido que si los programas de computación reúnen las condiciones comunes de las invenciones patentables – novedad, nivel inventivo y aplicación industrial – su patentamiento debería ser admitido.⁶

Asimismo señala el autor que los programas de computación pueden ser elementos de invenciones más complejas, y aquí es donde aparece la necesidad de una línea divisoria entre

³ Cabanellas, *Propiedad intelectual sobre...*, 51.

⁴ Cabanellas, *Propiedad intelectual sobre...*, 64-108.

⁵ Cabanellas, *Propiedad intelectual sobre...*, 55.

⁶ La norma dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.” WTO (por sus siglas en inglés), Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, sancionado en 1994, disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm (consultado por última vez el 21 de junio de 2012).

la pretensión de patentar el programa en sí mismo, de aquellos casos en que el programa forma parte de una invención más compleja, que es en su conjunto patentable. La cuestión es más compleja aún porque Estados Unidos tiene una fuerte tendencia a admitir el patentamiento del software *en sí mismo* pues su normativa de patentes carece de una exclusión expresa como la que se encuentra en las normas europeas o argentinas, y porque el derecho de patentes de Estados Unidos no utiliza el requisito de *aplicabilidad industrial* sino el de *utilidad*, eliminando así uno de los principales obstáculos teóricos al patentamiento de los programas de computación.⁷

Sigue el autor explicando que la opción del *copyright* también tiene sus problemas, pues justamente las *características funcionales* de los programas de ordenador, que es lo que les da valor económico en cuanto tales, no son amparables por el derecho de autor.⁸ Señala Cabanellas que judicialmente se buscó extender la protección del software a sus elementos funcionales, tales como la estructura del programa, o su documentación preparatoria, o el esquema de flujo de datos. Pero estos esfuerzos – afortunadamente – nunca pudieron evitar plenamente la copia de aspectos funcionales de los programas de computación pues justamente el derecho de autor está diseñado de manera tal que no se amparen esos aspectos.⁹ Como una confirmación de lo que el profesor Cabanellas escribió en el 2011, en 2012 dos fallos muy importantes dan crédito a sus conclusiones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una decisión en el caso *SAS Instituto, Inc v World Programming Ltd*¹⁰. En este, el demandado hizo un programa compatible con el de la actora, con la finalidad de poder prestar servicios a sus clientes. Ello implicó la reproducción de las funciones por un segundo programa pero sin acceso al código fuente del primero. La compatibilidad obtenida mediante la reproducción de la funcionalidad del programa de la actora se realizó gracias a la observación, al estudio y a la verificación del comportamiento de este, utilizando el mismo lenguaje de programación y el mismo formato de archivos de datos. El Máximo Tribunal de Justicia Europeo concluyó que: “Sobre la base de estas consideraciones, procede señalar que, por lo que respecta a los elementos de un programa de ordenador [...], ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de tal programa en

⁷ Cabanellas, *Propiedad intelectual sobre...*, 55.

⁸ Cabanellas, *Propiedad intelectual sobre...*, 57.

⁹ Cabanellas, *Propiedad intelectual sobre...*, 57.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), “SAS Institute, Inc v World Programming Ltd.”, 2 de mayo del 2012, (C-406/10).

el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250 [Directiva de Software]. En efecto [...] admitir que el derecho de autor pudiera proteger la funcionalidad de un programa de ordenador supondría ofrecer la posibilidad de monopolizar las ideas, en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial”¹¹.

En concreto este caso es importante porque el derecho de autor no permite amparar ideas, y las funciones que ejecuta un programa – a diferencia del texto programable que es expresión protegible – son solo ideas no protegibles por el derecho de autor. Este caso fue seguido de cerca en Europa por la más prestigiosa doctrina, que mostró su preocupación por un eventual resultado adverso.¹²

En Estados Unidos, también en el año 2012 se decidió el caso *Oracle v. Google*¹³. En este caso un juez de primera instancia decidió que había ciertas aplicaciones (denominadas API) de Java que Google había utilizado en su sistema operativo de Android. Google se defendió sosteniendo que el lenguaje de programación Java es libre de usar, y que las API que había utilizado Google eran necesarias para usar el lenguaje de programación y correr las rutinas. Oracle sostenía que Google usaba las API sin licencia. La decisión del juez, favorable a Google, mantiene la idea de que los lenguajes de ordenador abiertos e interoperables son la base del desarrollo informático. La funcionalidad del programa de ordenador hace que no se pueda monopolizar la obra cuando hay una forma única de hacer algo. Así se expresó el juez que sostuvo: “Cuando sólo hay una forma de expresar una idea o una función, entonces todo el mundo es libre de hacerlo y nadie puede monopolizar esa expresión”¹⁴ [traducción propia]. El fallo reedita la *merger doctrine*, es decir la fusión de la idea y la expresión, en el ámbito de los programas de ordenador.

La aplicación del derecho de autor a los programas de ordenador produce también una deformación o estiramiento del mencionado derecho. Cabanellas ejemplifica en su libro con el

¹¹ “SAS Institute, Inc v World Programming Ltd.”, apartados 39 y 40.

¹² Véase Pamela Samuelson, Tomás Vinje y William Cornish. “Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behavior, languages and interfaces?” *European Intellectual Property Review* (2012):158-166.

¹³ U.S. District Court of Northern California, “Oracle v. Google, Inc.”, 31 de mayo de 2012, (C 10-03561 WHA).

¹⁴ “Oracle v. Google, Inc.”. El juez Alsup, en la página 3 del fallo citado sostiene: “Mientras que el código específico utilizado para implementar un método sea diferente, cualquiera es libre, bajo el régimen del Copyright Act, de escribir su propio código y así llevar adelante exactamente la misma función o especificación de cualquier método utilizado en el Java API. No importa que la declaración o que las líneas directrices del método sean idénticas. Bajo las reglas de Java, deben ser idénticas para declarar un método que especifica la misma funcionalidad – incluso cuando la implementación sea diferente. Cuando sólo hay una forma de expresar una idea o una función, entonces todo el mundo es libre de hacerlo y nadie puede monopolizar esa expresión. Y, mientras el método de Android y los nombres de clase pudieren haber sido diferentes de los nombres de sus contrapartes en Java e incluso así funcionar, la protección de copyright jamás se extiende a nombres o frases cortas como objeto de ley” [traducción propia].

caso de los programas de base (sistemas operativos) que obtienen cierto poder de mercado cuando un programa tercero que necesita correr sobre ellos o adaptarse al sistema, requiere ser compatible o interoperable con el antedicho programa de base o sistema operativo. Esto genera – según el autor comentado – un poder de mercado de difícil justificación económica y por ello en el derecho estadounidense se autorizó judicialmente la ingeniería reversa para permitir la generación de programas compatibles, sobre todo en el caso de los videojuegos.

Por último con el derecho de autor se logra una protección de 70 años desde la muerte del autor sobre la expresión de la obra, lo que es mucho comparado con los 20 años de amparo que se otorgan bajo el derecho de patentes desde la presentación de la solicitud.

En el Capítulo V el autor analiza los aspectos generales de la protección de los programas de computación mediante el derecho de autor, y sirve de introducción al siguiente capítulo, el VI, en el cual se analiza la protección según sea un programa fuente o un programa objeto. En estos últimos se destaca el problema de la reproducción literal del programa objeto. Como están dirigidos a operar las máquinas, no juega la percepción humana para determinar la similitud con otras obras (como puede ser con un libro o una obra audiovisual). El problema fue superado en la década del 80 con el caso *Apple Computer v. Franklin Computer Corp*¹⁵. También se examinan allí el resto de los materiales preparatorios para el desarrollo de un programa de ordenador, que caen dentro del régimen general de la obra intelectual. Finalmente, se trata el tema de la estructura del programa de ordenador y las esferas de protección frente a la dicotomía idea-expresión.

En el Capítulo VII se estudian las condiciones para la protección de los programas de computación bajo el derecho de autor. Se comienza aclarando que se exige originalidad, pero que esto no implica requerir un contenido estético o funcional. El autor repasa las diferentes formas de medir la originalidad en un programa informático. También trata el tema de la originalidad en las obras funcionales, ejemplificando con las obras de arquitectura, o las traducciones.

En el Capítulo VIII se aborda el tema de la titularidad de los programas de ordenador. La cuestión en Argentina, según explica el autor, se resolvió siguiendo el modelo adoptado en Europa y Estados Unidos, esto es, atribuyendo titularidad a la empresa de los programas realizados por el dependiente (art. 5 inciso “d”, Ley 11.723 luego de la reforma por Ley

¹⁵ United States Court of Appeals for the Third Circuit, “Apple Computer, Inc. v. Franklin Computers Corp.”, 30 de agosto de 1983, (714 F.2d 1240).

25.036¹⁶). Sin embargo, como precisa el autor, la norma en cuestión debe ser interpretada según su texto y su contexto por las diferencias existentes. Así, Cabanellas explica detalladamente en este capítulo cómo se compatibiliza la citada norma con el régimen general del derecho de autor, y con el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo¹⁷.

En los capítulos finales se tratan los derechos sobre el programa de ordenador. Así, se repasan el derecho de reproducción, el de transformación (o adaptación), el de distribución, de disposición, de publicación, de comunicación pública, y finalmente, las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos. En todos estos derechos se expone el marco general y luego se analiza su aplicación al software. Como sucede a lo largo de la obra, el autor se encuentra con las dificultades que implica aplicar normas tradicionales del derecho de autor a las nuevas realidades tecnológicas y nos da soluciones en cada caso.

Finalmente dos capítulos completan la obra en comentario. Uno trata sobre el derecho moral de autor aplicado a los programas de ordenador. Hay – como en muchos ámbitos del derecho – dos corrientes sobre esta materia: la que lo acepta, y la que lo rechaza dado el carácter utilitario de la obra de software. El profesor Cabanellas se enrola en la tesis que acepta los derechos morales sobre el programa de ordenador pero con una limitación fundada en su ejercicio razonable o no abusivo.

Cierra la obra un capítulo sobre las excepciones y limitaciones aplicables a los programas de ordenador. El régimen autoral tropieza con un problema porque las excepciones o limitaciones en su mayoría no resultan aplicables al software por su propia naturaleza. Se explica cuáles son las excepciones aplicables en forma expresa y cuáles surgen de la naturaleza propia del software.

La obra del profesor Cabanellas tiene utilidad para académicos interesados en profundizar el estudio de las reglas que regulan la protección del software, temática que parecía agotada con los tratados internacionales que decidieron aplicar el derecho de autor al software. El autor del libro demuestra que la opción del derecho de autor no agota la problemática. La obra nos hace reflexionar sobre los problemas que genera aplicar una rama del derecho no pensada para creaciones tecnológicas sino más bien para creaciones artísticas. Sin embargo los casos antes comentados demuestran que la problemática del software aún no ha finalizado. La obra también servirá al abogado que quiera conocer al detalle las consecuencias del régimen

¹⁶ Ley 25.036, B.O. 11/11/1998, disponible en: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/54178/norma.htm> (consultado por última vez el 21 de junio 2012).

¹⁷ Ley 20.744 y sus modificatorias, Régimen del Contrato de Trabajo, B.O. 27/09/1974, disponible en: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> (Consultado por última vez el 21 de junio 2012).

jurídico aplicado a esta pujante industria. Por último, tal vez los destinatarios más importantes de esta obra son los jueces, que cuando tengan que aplicar la Ley 11.723 del año 1933 a los programas de ordenador (y pese a la específica reforma de la Ley 25.036) deberán agudizar su ingenio.

La obra finalmente está dedicada al profesor español José Antonio Gómez Segade, autor de un memorable artículo sobre programas de ordenador escrito en la revista española de derecho mercantil¹⁸ nada menos que en el año 1969, y que a la fecha todavía conserva actualidad.

¹⁸ Gómez Segade, José Antonio. “La protección jurídica de los programas de los ordenadores electrónicos”, *Revista del Derecho Mercantil*, 113 (1969): 421.