



**ALEJANDRO LAJE**

*Vice-decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
y profesor de Derecho Privado de la Universidad Abierta Interamericana*

## **LA RESPUESTA DEL DERECHO A LA CRISIS ECONÓMICA**

*SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La crisis en la persona. – 3. Institutos del derecho en caso de excepción y crisis. – 4. Elementos comunes de la respuesta del derecho ante la crisis. – 5. Igualdad y seguridad. – 6. Prosperidad. – 7. Conclusión*

1. El 19 de abril pasado tuvo lugar en la Universidad de Modena el “*Secondo Convegno Internazionale di Studi di Diritto Euro-Americano. La crisi economica e la risposta del diritto.*” El presidente del *Convegno*, profesor Antonio Tullio, se refirió a la jerarquía de los expositores, y destacó la valiosa presencia de los profesores Andrea Mora, de Italia y Marcos M. Córdoba, de Argentina. Sobre el profesor Mora dijo que se distinguía por visión integral de la cultura jurídica europea con particular énfasis en el rol de la empresa y de las instituciones.

Sobre el profesor argentino, sintetizó su aporte a la cultura jurídica Euro-americana señalándolo como el “fundador de la escuela jurídica de la solidaridad”. En efecto, las enseñanzas del Dr. Córdoba han llevado a identificarlo con dicho concepto que, para él, es el fundamento de la estructura del ordenamiento jurídico. En diferentes oportunidades Córdoba ha señalado cómo los diferentes sistemas normativos imponen la solidaridad como recurso indispensable de su estructura conceptual.

En particular, la “Escuela Jurídica de la Solidaridad” sostiene que el dinamismo actual de la política, la tecnología y necesariamente del derecho hace que algunas instituciones jurídicas muten hasta ser irreconocibles también para los expertos. Ello implica que el jurista deba identificar los elementos indispensables de cada institución de modo que puedan cumplir con su cometido.

La solidaridad, como preferencia humana consecuente con el estado de cosas social contemporáneo, resulta el único elemento estructurador de relaciones y situaciones jurídicas que cambian en todo lo demás al ritmo de la evolución social.



Córdoba ejemplifica lo dicho con lo que sucede con la familia. En efecto, a la familia ya no se la puede identificar por el matrimonio, ni con la cohabitación, como tampoco con la consanguineidad, ya que en la actualidad las relaciones jurídicas familiares subsisten sin dichos elementos. Por el contrario, el único elemento común a todo tipo de familia que subsiste en la actualidad es la solidaridad. Ello en virtud de que el ordenamiento positivo la exige, lo impone, por ejemplo a través de los deberes de asistencia. Esta solidaridad familiar, identificada con la *pietas* romana tuvo una evolución positiva de modo tal de ampliar sus efectos convirtiéndose en lo que aquel mismo derecho denominó la *humanitas*, es decir atender la situación del otro, no solo integrantes de la familia sino también de los integrantes de grupos mayores como son los conciudadanos o co-habitantes de una región.

En la regulación de diferentes relaciones jurídicas las normas exigen la solidaridad. Así se la ve, entre otras, en la regulación del abandono de persona; en el deber alimentario a favor de personas no relacionadas por vínculos familiares, en los deberes implícitos de las relaciones económicas de colaboración.

La solidaridad está presente en la estructura jurídica como su elemento esencial y resulta necesario destacar su preeminencia como indicativa de la conducta que el ordenamiento considera probo y por lo tanto legítimo. Al analizar la respuesta del derecho a la crisis y la emergencia, la solidaridad también resulta ser el elemento indispensable para comprender los resortes del sistema jurídico.

La solidaridad, como adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros<sup>1</sup>, en efecto, constituye el elemento del derecho que permanece inalterado a lo largo de los diferentes sistemas jurídicos, tanto en épocas de normalidad como en las de excepción.

2. El debate al torno del rol del derecho en la sociedad puede sintetizarse básicamente en cuatro posturas bien diferenciadas. Aquella que considera que el derecho es un factor de libertad en la sociedad. Sus sostenedores se remontan a los primeros planteos ius-filosóficos y sus sostenedores se encuentran entre las mejores mentes occidentales.

Aristóteles funda su teoría política en la idea de libertad ya que sostiene que, "la buena vida es el fin de la ciudad-estado", es decir, una vida que consiste en acciones

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 22.ª Edición, 2001.



nobles<sup>2</sup>, que supone la comprensión y conciencia de lo que se hace a la vez que la falta de coacción.

Asimismo en los libros VII-VIII, Aristóteles describe la constitución ideal del Estado de Derecho como aquel en que los ciudadanos son plenamente virtuosos diferenciando su visión de quienes piensan que el rol del Estado es como “una empresa comercial para maximizar la riqueza” o una asociación para promover la igualdad. Por el contrario, el fin de la organización estatal (derecho) es promover la buena vida, que consiste en acciones “libremente” nobles. Dentro del concepto de libertad, deben incluirse todos los demás valores sociales considerados virtuosos.

Otros pensadores, como Ronald Dworkin, consideran que el derecho cumple su rol cuando actúa como factor de igualdad. Esta postura está siempre vigente y ciertamente entusiasma ya que si bien, la afirmación de que somos todos iguales, o aquella que debemos ser todos iguales ante la ley, considerada por algunos como evidente, pero que fácilmente se presenta como empíricamente falsa, es posiblemente el ideal que involucra más específicamente el concepto de “regla” tan propio del pensamiento jurídico. En efecto si bien pueden existir muchas “reglas” dentro de cada regla, la igualdad es elemento *sine qua non*. Destaca Dworkin que en nuestros sistemas jurídicos no existe un derecho general a la libertad como tal<sup>3</sup> sino a libertades importantes,<sup>4</sup> pero en cambio si existe un derecho “absoluto” la Igualdad dentro de cada regla.

También están quienes sostienen que el principal objetivo del derecho es brindar seguridad, de todo tipo, física, económica, social, etc. En efecto, comparten esta visión los contractualistas como Hobbes, Locke, Rousseau para quienes la inseguridad en la que estaba sumido el individuo en el estado de naturaleza, ya fuera por la maldad natural del hombre, por la escases de bienes o por las circunstancias de cada sociedad, merecía la constitución de un estado social de derecho que brindara la seguridad necesaria para la vida.

Para finalizar con esta clasificación, que como todas, es arbitraria, existen quienes sostienen que el derecho cumple su rol cuando se constituye como factor de prosperidad entendida como progreso económico. Así lo consideraba en su Sistema Económico y

---

<sup>2</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, III, 1280b39-1281a4

<sup>3</sup> Dworkin, R, *op. cit.*, p. 384.

<sup>4</sup> Dworkin, R, *op. cit.*, p. 385.



Rentístico, Juan Bautista Alberdi al sostener que “*la riqueza importa a la prosperidad de la*

Nación. y a la existencia del poder. Sin rentas no hay gobierno; sin gobierno, sin población, sin capitales, no hay Estado.”<sup>5</sup>

Sea como fuere, el derecho cumple cualquiera de estos objetivos, o la combinación de dada uno de ellos que cada sociedad establece como su propia realización, dando certeza de las consecuencias de sus actos.<sup>6</sup> Solo si las personas saben cuáles serán las consecuencias de sus actos, pueden ser libres, comportarse como iguales, organizar sus vidas en atención a los requisitos de la seguridad, y finalmente realizar las actividades que proveerán de prosperidad a sus sociedades.

Ello, tanto en circunstancias de normalidad como en épocas de excepción o de crisis. La respuesta del derecho es siempre, dar certezas. Incluso en épocas de excepción.

**3.** El Derecho Constitucional es un claro ejemplo de cómo el derecho trata las crisis, proveyendo herramientas jurídicas diferentes para cada circunstancia. La Constitución de los Estados Unidos de América en su Sección 9, “Límites del Congreso” prevé la situación de emergencia al establecer que “*El privilegio del Habeas Corpus no puede ser suspendido salvo en casos de rebelión o de invasión en que la seguridad pública lo requiera.*”<sup>7</sup> En el caso *Ex parte Lambdin P. Milligan*<sup>8</sup> del año 1866, la Corte Suprema de ese país decidió que la suspensión del *Habeas Corpus* era legal, pero los tribunales militares no podían juzgar a ciudadanos en los estados que habían sostenido la autoridad de la Constitución y en los que los tribunales civiles seguían operando. Desde entonces la doctrina de la Corte americana establece que los tribunales militares no pueden juzgar a civiles en las zonas en que los tribunales civiles estén abiertos, incluso cuando el ejército ha sido autorizado a detener a personas sin juicio. Durante la suspensión del recurso de *Habeas Corpus*, los ciudadanos sólo pueden ser detenidos sin cargos, pero no juzgados, y ciertamente no ejecutados por tribunales militares.

---

<sup>5</sup> Alberdi, Juan Bautista, Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1953”, AGREGAR CITA COMPLETA.

<sup>6</sup> Córdoba, Marcos M., Conferencia “La certeza del derecho”, en el “Seminario de investigación observacional de Derecho de Familia, Sucesorio y Notarial ante los proyectos de modificación de la legislación civil de la Nación” *Centro de Altos Estudios en Ciencias Sociales de la Universidad Abierta Interamericana*, sesión del 7 de mayo de 2012.

<sup>7</sup> Constitución de los Estados Unidos, Sec. 9: “*The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.*”

<sup>8</sup> 71 U.S. 2.



La Constitución Nacional Argentina tradicionalmente contenía dos institutos de emergencia. El “estado de sitio” y la “intervención federal.” La reforma constitucional de 1994 incluyó los “Decretos de Necesidad y Urgencia.”

El estado de sitio es un instituto que reconoce su vigencia ya desde la Edad Media<sup>9</sup> cuando por las características propias de las guerras en aquella época, las ciudades, que estaban amuralladas, al quedar sitiadas por ejércitos agresores requerían que la autoridad tomara medidas fuera de lo común para épocas normales.

En la Constitución Argentina, el estado de sitio permite al Estado Nacional, a través del Poder Ejecutivo, imponer limitaciones extraordinarias a los derechos de las personas en uno o varios puntos de la Nación pero por tiempo limitado. Inicialmente las atribuciones eran las de arrestar y trasladar personas, posteriormente se habilitó la suspensión de todas aquellas garantías relacionadas con las causas del estado de sitio, incluyéndose básicamente la libertad de prensa y la de reunión. Este instituto prevé también el cambio de potestades de un poder del Estado a otro. Así, la facultad de arrestar pasa del Poder Judicial al Ejecutivo. En la Argentina aún durante la vigencia del estado de sitio la acción de *Hábeas Corpus* puede ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez debe resolver de inmediato.

La intervención federal es el auxilio que el Gobierno Federal presta a los ciudadanos de los estados integrantes de la federación, cuando el gobierno local no garantiza el respeto de la forma republicana de gobierno y los derechos constitucionales.

Decretos de necesidad y urgencia están contemplados en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Argentina. Son una norma que, si bien es sancionada por el Poder Ejecutivo, rige como una ley. El Poder Ejecutivo tiene vedadas las funciones legislativas “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.”

Derecho privado también tiene recursos previstos para el caso de excepción y crisis. Pueden nombrarse por ejemplo el caso fortuito, fuerza mayor y el instituto de la imprevisión.

---

<sup>9</sup> Ubertone, Fermín P. Derecho Constitucional, emergencias y emergencia permanente, en Bercholc, Jorge, Dtor., El Estado en Emergencia Permanente, Lajoune, Buenos Aires, 2008, p. 192.



El caso fortuito refiere a lo que sucede inesperadamente de modo que era imprevisible anticiparlo; la fuerza mayor, en cambio hace referencia a lo irresistible e inevitable. Si bien son diferentes, ambos institutos pueden alegarse como eximentes de responsabilidad civil.

La imprevisión es un instituto que se utiliza para la interpretación de contratos. En la República Argentina el contenido normativo del art 1198 del Código Civil establece que los "contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Por lo que se infiere que no deben cumplirse según lo imprevisible, incluso para épocas de crisis.

4. En todos los casos, la respuesta del derecho ante la crisis es habilitar la suspensión de algunas garantías, por un tiempo determinado. El factor tiempo resulta aquí fundamental ya que deviene en un elemento indispensable para que el derecho pueda cumplir con su objetivo de dar certezas.

El estado de excepción o de crisis pone en evidencia, de modo más extremo las relaciones heterónomas en la relación jurídica, por ello, y en atención a las necesidades de los más débiles y necesitados, se suspenden, temporalmente el ejercicio de algunos derechos. Se trata de la suspensión de ciertas garantías en auxilio del ejercicio bienes jurídicos superiores. Históricamente se ha privilegiado la defensa del sistema democrático, el principio de igualdad y el de utilidad pública.

En defensa del sistema democrático se privilegian las posibilidades de peticionar y de libre expresión. En particular, para quienes no pueden acceder a los medios de comunicación tradicionales y comerciales. Ejemplo de ello es el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *The New York Times Company c. L. B. Sullivan*<sup>10</sup>, considerado el antecedente más importante en la historia jurídica reciente respecto de la libertad de expresión y el ejercicio de la crítica frente al poder. Con motivo de una manifestación a favor de Martin Luther King reprimida por la policía de Nueva York algunas personas publicaron una solicitada en el diario que incluía algunos errores en cuanto al número de personas involucradas en la manifestación y con una postura muy

---

<sup>10</sup> 376 U.S. 254



crítica sobre la actuación del jefe de policía Sullivan. La Corte consideró que su principal responsabilidad era proteger “la persistencia de un debate público robusto, desinhibido e ilimitado” y así “asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo.”

En Argentina, la crisis ha generado un modo de peticionar a las autoridades y de protesta que para los que las han vivido resultaron según sus propios informes irritantes y violatorios de sus derechos de circulación. Los cortes de calle, o piquetes, como se los llama, traen importantes restricciones a la libertad de circulación para enormes cantidades de personas, algunas veces, también cuando es relativamente pequeño el número de peticionantes y manifestantes. El Estado tolera y hasta protege y organiza los piquetes para garantizar el ejercicio de un bien jurídico superior “en épocas de crisis.”

5. En protección del otro elemento fundamental del Estado de Derecho, en época de crisis se privilegia la igualdad como condición indispensable en la relación jurídica, equilibrando las diferencias que se ponen en mayor evidencia justamente el estado de emergencia.

También la seguridad física es otro elemento que se privilegia en épocas de emergencia. La imperiosa preocupación por la seguridad que han generado los ataques terroristas en todo el mundo ha llevado a la revisión del modo de ejercicio de ciertos derechos.

Las personas ven condicionado el ejercicio de sus derechos en aras de la seguridad. En particular el derecho a la intimidad se ve gravemente afectado en este contexto. Aeropuertos, puntos de paso, y hasta las Universidades observan, revisan y controlan el movimiento, motivaciones etc. de las personas, por requerimientos de la seguridad. De todos modos se insiste en la necesidad de determinar el marco legal de los medios técnicos que buscan la protección ciudadana (recolección de datos, filmaciones, etc.), para que sean compatibles con el resguardo adecuado de la privacidad. Así se requiere que dichas prácticas estén regidas por los principios de licitud, necesidad, proporcionalidad, dignidad y finalidad legítima.

6. La regla general de la prosperidad aceptada desde tiempos remotos es el cumplimiento de los contratos. Sin embargo, en situaciones de emergencia, puede resultar



más eficiente el incumplimiento de algún contrato, por lo que el derecho desarrolló, modos de incumplimientos pautados. Así por ejemplo el instituto de concurso preventivo y de la quiebra, permite modos aceptados de incumplimiento. O también a través del enfoque que ofrece Richard Posner quien propone el análisis económico de cada contrato, para decidir si puede o no incumplirse según lo que resulte más eficiente a la sociedad en general.

Su postura queda claramente planteada en su opinión sobre la rescisión contractual. Al respecto, sostiene que si bien es sabido que la rescisión anticipada de un contrato generalmente produce peores resultados para la sociedad, ya que la pérdida de producción implica un costo social, considera que hay que analizar cada caso cuidadosamente. En efecto, advierte que un incumplimiento eficiente de un contrato puede generar beneficios mayores que los costos de su continuación porque el vendedor podría estar en mejor situación por el incumplimiento, incluso después de pagar los daños y perjuicios al comprador.<sup>11</sup> Por esta razón podría no corresponder la aplicación de daños punitivos. Posner sostiene que dichas sanciones tienden a disuadir el incumplimiento eficiente y, por lo tanto, el "eficiente" comportamiento de las personas en beneficio de toda la sociedad.

Por lo que para Posner la eficiencia económica es el factor determinante de la pragmática y del derecho.

7. El análisis realizado de las respuestas del derecho en épocas de crisis permite concluir en los siguientes elementos comunes: a) Un trato privilegiado y protección del estado democrático y republicano de fondo; b) Atención de los más débiles en la relación jurídica; c) Suspensión temporal del modo de ejercicio de algunos derechos; d) Resolución de las cuestiones sobre la base de los institutos creados para la emergencia, no con creaciones *ad hoc.*; e) Suspensión de la vigencia de algunos principios del derecho en aras de valores superiores.

Según lo señalado al comienzo de este trabajo, como enseña el profesor Marcos M. Córdoba, el derecho modifica los elementos de las relaciones y situaciones jurídicas adaptándolas a la evolución social, modificándolas ya regulen situaciones de normalidad o de crisis. Lo que el ordenamiento positivo exige e impone en todo momento es la solidaridad identificada con la *pietas* y *humanitas* romana, es decir, privilegia la atención

---

<sup>11</sup> Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).



de la situación del otro, no solo integrantes de la familia sino también de los integrantes de grupos mayores como son los conciudadanos o co-habitantes de una región.

Ello en virtud de que el elemento indispensable de la relación jurídica es el instituto de la buena fe, que resulta un recurso indispensable para el tratamiento de la emergencia, tanto como para la normalidad.

Resulta difícil de precisar el concepto de la buena fe. Podría decirse que sucede aquello que señaló san Agustín, “¿Qué es, pues, el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; pero si quiero explicárselo al que me lo pregunta, no lo sé. Lo que sí digo sin vacilación es que sé que si nada pasase no habría tiempo pasado; y si nada sucediese, no habría tiempo futuro; y si nada existiese, no habría tiempo presente.”<sup>12</sup>

De todos modos es posible intentar alguna aproximación.

Ejan Mackaay señala que la buena fe se utiliza en dos sentidos distintos, uno subjetivo y otro objetivo.<sup>13</sup> En su sentido subjetivo, la buena fe como ignorancia justificada de una situación jurídica relevante se refiere a haber tomado las precauciones adecuadas contra esta ignorancia, la adecuación es una función de lo que está en juego y la probabilidad de error. En el sentido objetivo, la buena fe, se analiza como el opuesto exacto del oportunismo. El respeto de la ganancia recíproca, es el elemento fundamental del derecho contractual y como la ley madre de los negocios, presupone la ausencia de oportunismo. La buena fe en este sentido puede decirse que la base de todas las leyes contractuales, pero también de todas las relaciones jurídicas.

Está directamente relacionado con las conductas anteriores de cada persona, que generan legítimas expectativas sobre lo que los demás pueden esperar de otro. En efecto, dicho instituto es un elemento indispensable para comprender la respuesta del derecho frente a la crisis.

Ello es así, porque en épocas de crisis se potencia un elemento rector del estado de derecho, que como se sostuvo es la solidaridad. En efecto, la solidaridad familiar, negocial, empresarial, social, es la respuesta del derecho ante los problemas que genera la crisis en la persona. La solidaridad y la buena fe son los dos elementos indispensables de la respuesta del derecho ante la crisis. Ambos permanecen como conceptos centrales con los que el

---

<sup>12</sup> Confesiones. XI, 14, 17.

<sup>13</sup> Mackaay, Ejan, “*Good Faith in Civil Law Systems – A Legal-Economic Analysis*”, CIRANO - Scientific Publications 2011s-74.

# JUS CIVILE



derecho hace frente a situaciones en las que los demás elementos específicos de la relación jurídica no ofrecen soluciones.