
La discrecionalidad del Juez en el marco de la legislación por cláusulas generales y los límites constitucionales

Ricardo Lorenzetti

I Delimitación del campo de análisis

1. La discrecionalidad judicial

El campo de la investigación jurídica sobre la discrecionalidad del Juez en el ámbito de las cláusulas generales ha variado con el correr de los tiempos y las concepciones jurídicas¹.

En la escuela exegética, solo había espacio para la aplicación del derecho, y no cabían las normas indeterminadas ni la creación judicial. A posteriori, se entendió que el Derecho es siempre interpretación creativa, realización de valores, ampliándose la actividad del Juez. Hasta hace unos años se debatía sobre el rol limitado que la exégesis adjudicaba al intérprete y se postulaba la incorporación de normas jurídicas abiertas, que permitieran un mayor desempeño autónomo de la judicatura. Este fue el primer debate que motivaron las cláusulas generales² presentándose como técnicas que permitían una mayor discrecionalidad del Juez en su labor creadora.

1 Ampliamos sobre los temas aquí tratados en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, E. Rubinzal y Culzoni, 1995.

2 Ver por ejemplo la obra de Franz Wieaker, «El principio general de la buena fe», de 1955, conf. traducción castellana en Civitas, 1982. En el derecho argentino este tema se ha estudiado desde hace muchos años, teniendo un realce importante a partir de la reforma del Código Civil de 1968, y la incorporación de numerosas normas abiertas. Obra señera en el tema ha sido Jorge Mosset Iturraspe, *Justicia Contractual*, Ediar, 1977.

Actualmente, y una vez admitida esa labor creativa discutimos sobre sus límites y con nuevos interrogantes:

- si el acto judicial es de carácter interpretativo o es una norma jurídica de concretización;
- si el contenido de las cláusulas puede ser establecido por el mero arbitrio judicial o debe sujetarse a parámetros objetivos;
- si la aplicación casuística y subjetiva del derecho afecta la seguridad jurídica;
- si puede resultar discriminatoria una interpretación subjetiva de la cláusula general.

En la raíz del surgimiento de estos problemas podemos identificar dos causas relevantes:

A) Normas jurídicas abiertas

En primer lugar, la norma jurídica emplea técnicas de indeterminación que amplían el espacio del intérprete. El fundamento de ello es posibilitar la adaptación del Derecho a las circunstancias cambiantes, evitando su reificación y su divorcio de la realidad.

Dentro de esta categoría de normas ubicamos los valores, los principios, las normas en blanco y las cláusulas generales.

Mediante estas técnicas, el derecho como sistema normativo, da caba a otros sistemas, abriendo una puerta de ingreso que siempre resulta problemática. Las normas abiertas permiten incorporar lo que sucede en la ética, bioética, informática, economía, medicina, psicoanálisis, lógica matemática, es decir en otros sistemas y subsistemas sociales, con los que el Derecho establece un nuevo diálogo. Este intercambio introduce «impurezas» en el lenguaje legal, adiciona elementos que afectan la propia identidad del enunciado y quiebra la lógica autoreferencial que la filosofía analítica ha predicado sobre el Derecho³.

Si el texto legal no es una prohibición, mandato o permisión autónoma, sino dependiente de una definición ulterior, surgen dos aspectos: el primero es la cláusula y el segundo el llenado de su contenido.

³ El derecho como sistema auto referente es concebido de manera que su lógica interna provee de todos los elementos para solucionar los problemas, del modo en que Kelsen lo previó. La cláusula general en este sentido, plantea problemas cuyo análisis excede este trabajo.

En este segundo aspecto es donde se advierte otro problema típico de los tiempos que nos toca vivir.

B) Ruptura del consenso

Esta técnica no acarrearía problemas si hubiera un horizonte de sentido consensuado. Los diez mandamientos eran normas de una modestia impensable para la época actual, y que dejaban un amplio espacio para la interpretación, la que, sin embargo, no fue todo lo problemática que podría haber sido en virtud de que había un consenso mayoritario sobre el sentido de palabras tales como «no cometer el adulterio».

La retórica ha afirmado que el acervo cultural común es identificable como el cerco de la argumentación; se trata siempre de un juego reglado, en el que los tópicos o lugares comunes representan un papel similar al de los axiomas dentro del sistema formal.⁴ El consenso es un presupuesto del funcionamiento pacífico de la actividad judicial en materia de cláusulas generales.

Actualmente, hay una ruptura del consenso y una individualización del sentido de la vida, que presenta una diferenciación social muy pronunciada. La crisis de las visiones totalizadoras ha hecho explotar todo texto unificador; los intereses son individuales o sectoriales, perfectamente diferenciados unos de otros.

El legislador abandona las soluciones específicas: si se tuviera que tomar una decisión legislativa sobre temas sensibles, habría que hacer una ley para cada uno de esos individuos. Esto es lo que sucede por ejemplo con el denominado «derecho a rehusar tratamientos médicos»; habría que hacer una ley para los testigos de Jehová y tantas otras, como ideas distintas hay. Por ello crece la autonomía individual y el casuismo decisorio.

El Juez cambia su rol: la existencia de intereses hiperespecializados y horizontales plantea conflictos en los que ambas partes tienen razón; el proceso judicial deja de ser la averiguación de «la verdad», para transformarse en una «transacción».

Los conceptos generales se fracturan: el Código significó una abstracción: la idea de «ciudadano» eliminaba las singularidades para tra-

⁴ Perelmann, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, 1988, p. 10.

tar un concepto único al que se le aplican las consecuencias jurídicas. Frente a la heterogeneidad y a la diferencia, no tenemos conceptos similares, o abarcadores.

El razonamiento jurídico se modifica. El proceso de concretización no es una aplicación vertical, una relación entre *ratio* y *equitas*, ni resulta aplicable el juicio de subsunción. Por el contrario, es una mediación horizontal entre diferencias funcionales e individuales que presenta la sociedad contemporánea.

Surge entonces un campo amplio, donde pareciera no haber límites, donde impera el subjetivismo y, consecuentemente la inseguridad.

C) La interpretación jurídica hermética

Una suerte de deformación patológica ocurre cuando la actividad interpretativa se sustenta sólo en el intérprete, sin limitaciones provenientes del objeto interpretado.

Se produce así una deriva infinita de sentido, un derroche de energías hermenéuticas que el texto no convalida. Las cadenas causales se enroscan sobre sí mismas, no hay fronteras.⁵

Esta interpretación «hermética» según la describe Ecco, surge por una suerte de revelación de un principio oculto, sin límite alguno. Desde un determinado punto de vista cualquier cosa tiene relaciones de analogía, continuidad y semejanza con cualquier otra. Por ejemplo: si las palabras «mientras» y «cocodrilo» aparecen en la misma frase, una interpretación correcta sería señalar que la relación es mínima; una interpretación paranoica sería señalar que debe haber alguna razón por la cual ambas están juntas⁶. Se percibe un exceso de asombro, una tolerancia semiótica, un apresuramiento evidente en la homologación de relaciones diferentes. Es claro que esto no es posible, puesto que los indicios sólo son válidos en tanto puedan formar un sistema, en

5 Deleuze y Guattari han utilizado la metáfora del rizoma para mostrar este fenómeno: el rizoma conecta un punto cualquiera con otro punto cualquiera, y no permite necesariamente a trazos de la misma naturaleza; pone en juego signos muy diferentes, no hay órdenes ni relaciones como las que conocemos, sino líneas de segmentación, estratificación, de fuga, de desterritorialización. Conf. Deleuze, Félix Giles-Guattari, «Rizoma, Introducción», Cococan, México, 1994, p. 33.

6 Umberto Ecco, *Los límites de la interpretación*, Lumen, Barcelona, 1992.

tanto sean precisos, concordantes; no pueden relacionarse datos de un orden como los de otro orden.

Algo parecido ocurre con el lenguaje jurídico. La interpretación del sentido de las normas indeterminadas, puede llevar a un escenario en que toda afirmación es posible, y todo resulta discutible. Surge actualmente un cierto temor al «intuicionismo» de los Jueces⁷. Dworkin que ha sido un gran propulsor de las facultades del Juez, señala que la interpretación es constructiva pero debe respetarse la dimensión de concordancia, ya que no puede adoptar cualquier interpretación⁸.

El beneficio es la adaptación, el riesgo es la inseguridad y el casuismo desconectado del sistema.

Por ello, es necesario reconstruir una matriz estratégica que ordene la interpretación, lo que nos lleva a la necesidad de encontrar una metodología en el uso de la discrecionalidad judicial.

II. La cláusula general

La cláusula general es una norma de sentido general, no específico, cuyo contenido debe ser precisado por el Juez, según la evolución de la conciencia social.

En el derecho argentino se pueden identificar numerosos supuestos de normas de este tipo. La más conocida es la buena fe prevista en el artículo 1198°, y pueden mencionarse entre otras: «notable desproporción de las prestaciones» (Art. 954° CC), la desnaturalización de las obligaciones (Art. 37° Ley N° 24240), motivos graves, el interés del acreedor, motivos justos, uso regular, riesgo creado, emergencia económica, bienestar general, etc.

La cláusula no es un principio jurídico, aunque muchas, como la buena fe, son utilizadas también como principios. La cláusula no permite la deducción, ni la argumentación, sino que es una medida, una directiva para la decisión, un modelo de decisión preconstituido por una *fattispecie* normativa abstracta⁹.

7 Luis Diez Picazo, «Codificación, descodificación y recodificación», en D.C. 1992-II, p. 473 y ss.

8 Ronald Dworkin, *El imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 167.

9 Mengoni, «*Spunti per una teoria delle clausule generale*», Riv. Crit. Dir. Priv, 1986, p. 10.

No obstante, la conexión con los principios garantiza una cierta uniformidad en la interpretación de la cláusula general¹⁰.

Resulta necesario delimitar las características de las cláusulas generales.

A) La indeterminación de la cláusula general

Su función es la adaptabilidad diacrónica o historia, y sincrónica, para receptor la pluralidad de valores. En el primer caso, la norma jurídica permite adoptar diferentes significados concretos a lo largo de distintos períodos históricos y según el cambio de las costumbres, siendo ejemplo de ello las diferentes interpretaciones y aplicaciones de la buena fe en nuestra tradición jurídica.

En el segundo caso, la cláusula da lugar a diferentes concepciones y no se inclina por una, aun en un mismo período de tiempo. Por ejemplo, el concepto legal de la buena fe no es la de los cristianos o la de los ateos, puesto que el legislador se detiene en el término «buena fe» y no avanza en definiciones ulteriores, lo que le da su carácter indeterminado.

De allí que la cláusula es general, al permitir que en un caso concreto, el juez pueda receptor diferentes interpretaciones de la regla de conducta.

¿En que sentido la cláusula es general?

Es claro que la cláusula general no es un concepto indeterminado en el sentido lingüístico puesto que el legislador puede ser preciso en su utilización. En realidad, la indeterminación se refiere al plano de los valores y de las costumbres.

Esta característica plantea una relación entre la cláusula general y los valores y costumbres que ella autoriza a ingresar al ordenamiento jurídico.

B) Cláusula general y otros sistemas exógenos

Teubner¹¹ considera que el elevado grado de abertura e indeterminación de las cláusulas generales de derecho privado, es particularmente apro-

10 Guido Alpa: «*Introduzione allo studio critico del Diritto Privato*», Giappichelli Editore, Torino, 1994, p. 192.

11 Gunther Teubner: «*O direito como sistema autopietico*», Fund Calouse Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 230.

piado para el tratamiento de conflictos provenientes de esferas autónomas, debiendo ser considerado como un ejemplo de materialización del derecho privado.

En el ámbito del contrato, por ejemplo, la cláusula permite la incorporación de mecanismos regulatorios no consensuales y establecer una relación del contrato con su medio envolvente. Teubner identifica a esos elementos no consensuales como:

- nivel de interacción entre las partes: la cláusula permite procesar conflictos provenientes de esferas sociales contradictorias;
- nivel institucional: es la relación entre el contrato y el mercado y la organización para la contratación;
- nivel societario, que es la relación con los subsistemas sociales, como la política, la religión.

De manera que la cláusula permite un intercambio entre el sistema jurídico y otros sistemas sociales. Esta circunstancia es particularmente clara cuando observamos como introducen cuestiones relativas a la informática, la ética, la bioética, la economía y muchas otras en el derecho privado.

En numerosos casos no se trata de un mero intercambio, sino de la importación de criterios, de valores, de reglas de conductas, producidas en ámbitos extranormativos, que modifican sustancialmente la cuadrícula axiológica del derecho vigente.

C) Nuestra tesis: cláusula general y límites constitucionales

A nuestro juicio, en este plano reside la cuestión de los límites, y nuestra tesis:

- El juez puede, a través de las cláusulas generales incorporar cuestiones relativas a otros sistemas sociales;
- El Juez debe adaptar esos criterios a los parámetros normativos del derecho, utilizando una metodología jurídica;
- El Juez debe recurrir a la norma constitucional, como fuente de valores y de principios a tales fines;¹²
- La metodología jurídica aplicable es el juicio de ponderación entre principios.

Veremos seguidamente estas cuestiones.

¹² Ampliamos en «Las normas fundamentales del derecho privado», *op. cit.*

II. El contenido de las cláusulas generales y los límites constitucionales

1. Calificación de la actividad del Juez: juicio normativo de concretización

La primera cuestión necesaria para decidir si el Juez tiene amplias facultades para llenar de contenido a la cláusula general, o, por el contrario, debe sujetarse a reglas, es calificar dicho acto. El segundo paso, es establecer qué tipo de reglas guían esa actuación.

Nuestra tradición jurídica muestra una división tajante entre la norma y su aplicación, siendo concebidos como dos actos separados, emanados del legislador y del Juez respectivamente. Actos disímiles, producidos por sujetos distintos, y con objetivos dispares.

Esta segmentación ha ido cambiando hacia una concepción que ve en la decisión judicial un acto que no es de mera aplicación, sino de creación normativa, solo que de distinto nivel del que elabora el legislador. El Juez crea la norma del caso, y en ese acto conecta el caso al sistema, y se elabora una norma jurídica individualizada, cuyas reglas de producción deben ser respetadas, como sucede en el acto legislativo.

En este sentido se ha dicho que el enlazamiento entre caso y sistema se logra mediante una «hermenéutica de concretización»¹³. Friedrich Muller, afirma que debe considerarse el texto de la norma por un lado y el dominio material o social de la norma, siendo la normatividad jurídica una síntesis estructural de esas dimensiones. La norma-texto es apenas un elemento para la concreta realización jurídica, y esta realización exigirá poner esa norma en función de un caso concreto, y que se elabore una «normativa de concretización»; una específica «norma de decisión». Muller entiende que el juicio jurídico es el resultado de un «proceso normativo de concretización», que moviliza estructuralmente un conjunto de factores jurídicos que son elementos de concretización. La interpretación es desplazada por la concretización.

13 Conf. Friedrich Muller, tal vez el más importante pensador alemán de la metodología jurídica actual ha realizado un aporte decisivo con su teoría estructurante del derecho, desarrollada en su obra «*Normstruktur und Normativität*», Berlín, 1966. Sobre Muller conf. A. Castanheira Neves, «*Metodologia jurídica-Problemas fundamentais*», Universidade de Coimbra, 1993.

Este proceso sería la síntesis entre caso y sistema, muy semejante al sistema de «*Stare decisis*» del derecho anglosajón.

Desde este enfoque, la norma se revela siempre intencionalmente abierta, o normativamente indeterminada en la referencia al «*caso decidiendo*». Hay una inescindibilidad entre la «cuestión de derecho en abstracto» y «la cuestión de derecho en concreto».

Si admitimos esta premisa, estemos en presencia de un acto material que debe reunir elementos formales para que sea legítimo. El Derecho es un sistema que contiene reglas internas que deben respetarse para que sea posible predicar la juridicidad de una decisión. Por ello, al igual que la ley, la sentencia debe contener un procedimiento tanto en su elaboración formal como en su desarrollo argumental.

La doctrina de la arbitrariedad de las sentencias avala esta postura, en tanto se ha producido su descalificación cuando la sentencia contiene una fundamentación solo aparente¹⁴.

De tal modo, si se entiende que el Juez elabora una norma jurídica de concretización, la misma debe ajustarse a parámetros normativos.

2. Normas que limitan la actividad judicial en aplicación de las cláusulas generales

Si se trata de una norma de concretización que enlaza al caso con el sistema, la actividad judicial debe ser guiada por reglas jurídicas claras.

En ello y con diferentes aproximaciones, la doctrina ha ido coincidiendo. Así, se afirma que el contenido de las cláusulas generales puede ser determinado por principios, como ocurre con la buena fe, cuyo contenido puede ser establecido por la igualdad y solidaridad¹⁵. También, se ha indicado que así como hubo en el derecho romano y en el medieval brocados, máximas, *regulae iuris*, debe existir actualmente un parámetro que permita superar el subjetivismo¹⁶.

En nuestro derecho son los principios jurídicos los que cumplen esa función. Los tratados internacionales y la constitucionalización del derecho civil han impactado fuertemente en este tema, incorpo-

14 Elías Guastavino: «Recurso extraordinario de inconstitucionalidad», T. I, De la Rocca, Bs. As.

15 Rodota: «*Il tempo delle clausule generali*», Riv. Crit. dir. priv., 1987, p. 722.

16 Franz Wieaker: «El principio general de la buena fe», Civitas, 1982, p. 18.

rando un catálogo impresionante de principios de toda índole, con carácter normativo. La ley también los incorpora con una frecuencia abrumadora, tendiéndose a legislar por principios y no por supuestos de hecho¹⁷. De este modo los principios se aplican no tanto por ser tales, sino por tener reconocimiento constitucional¹⁸.

Dado este rango constitucional, los principios son normas jurídicas¹⁹ y como tales son enunciados amplios que permiten solucionar un problema y orientar un comportamiento²⁰.

En esta definición encontramos que el principio es un enunciado, y dentro de esa categoría es un enunciado normativo de formulación abstracta y con un procedimiento de identificación propio.

3. Cláusulas generales limitadas por principios generales

Puede resultar paradójico pensar que las cláusulas generales son limitadas por principios generales, pero no lo es si tenemos en cuenta que ambos se complementan en razón de que la generalidad se refiere a aspectos distintos.

Hemos dicho que la cláusula general es un concepto lingüísticamente determinado, y que su indeterminación se refiere al plano de los valores y de las costumbres.

Los principios son normas que tienen una estructura deóntica, ya que establecen juicios de deber ser; son normas «*prima facie*» sin una terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completados. Para Alexy²¹ son mandatos de optimización, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, pueden ser cum-

17 Stefano Rodota: «*Ideologie e teniche della riforma del diritto civile*». En: Riv. dir. commerciale, 1967, I, p. 86.

18 Salvat señala que son las reglas fundamentales que inspiran la legislación de un país y le sirven de base, cuya fuente principal es la Constitución Nacional. Raymundo Salvat, «Tratado de Derecho Civil Argentino», Bs. As., Tea, 1964, I, núm. 271; coincide: Carlos Lasarte, «Principios de derecho civil», Trivium, Madrid, 1992, T. I, 79 y 80.

19 Norberto Bobbio: *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá 1987, p. 239; Vigo: «Los principios generales del Derecho», J.A. 1986-III-860.

20 Guido Alpa: «*I principi Generali*», en *Trattato di diritto Privato* al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milán, 1993, p. 69.

21 Robert Alexy: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», Doxa, Año 1988, núm. 5, p. 143.

plidos en diversos grados. Los principios son normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos, y la relación con las reglas.

De manera que el juego de los principios jurídicos de rango constitucional aporta la determinación de valores necesaria para llenar de contenido la cláusula general, conforme a un criterio normativo.

Este contenido se establece mediante un juicio de ponderación con otros principios. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto.

4. Los principios como normas fundamentales

Siendo normas jurídicas concebidas como mandatos de optimización, entendemos que además, son normas fundamentales.

En general se le adjudica este carácter de fundante de la actividad legislativa; son pensamientos directores de una regulación posible²². Cumplen una función de límite, porque controlan el excesivo activismo judicial, confiriéndole un marco de actuación²³.

Desde nuestro punto de vista, los principios como normas son fundamentales cuando están reconocidos en una de las fuentes constitucionales y son susceptibles de argumentación *iusfundamental*²⁴.

5. Casos

Nuestro propósito es mostrar algunos supuestos en que la aplicación de la cláusula general se transforma en un problema de colisión de principios.

A) La normal tolerancia

La «normal tolerancia» es una cláusula general que se utiliza en la solución de conflictos vecinales.

22 Karl Larenz: «Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica», Civitas, 1985, p. 32.

23 Carlos Lasarte, *Principios de derecho civil*, Trivium, Madrid, 1992, T.I, pp. 79 y 80.

24 Ampliamos en «Las normas fundamentales [...]», *op. cit.*

En un interesante caso²⁵ con voto del Dr. Kiper, se trata del problema que sufren los vecinos por los ruidos y molestias derivados de la actividad de la demandada. Los actores sostienen que la actividad de la demandada es ilícita, por lo que postulan el cierre del establecimiento. El tribunal recuerda que en virtud del artículo 2618° del Código Civil se requiere tanto una violación de la «normal tolerancia» como un «uso irregular de la propiedad», y solo frente a la violación de ambas pautas habrá ilicitud; en cambio, cuando solo hay violación de la normal tolerancia, el acto es abusivo, con obligación de indemnizar, pero no la de suprimirlo. El Juez opinante sostiene que esos moldes rígidos no pueden aplicarse, y que una vez que se constata que la inmisión supera la normal tolerancia, «el juez debe evaluar en función de las pautas que señala el artículo 2618° -condiciones del lugar, circunstancias del caso, exigencias de la producción, respeto al uso regular de la propiedad, y prioridad en el uso- si debe o no disponer la cesación de tales molestias». En el caso, indica que puede arribarse a una solución sin necesidad de disponer el cierre, y resuelve ordenando a la demandada que realice los trabajos necesarios para que los ruidos producidos del funcionamiento de su industria, no lleguen al inmueble de los actores, mas allá de lo tolerable, además de la indemnización de los daños ya producidos. El Juez, casi al final de su voto, indica claramente que el conflicto es entre las exigencias de la producción y la salud del individuo, es decir, entre dos principios.

El caso se soluciona entonces mediante la ponderación de ambos principios, quedando demostrada, a nuestro juicio, la relación entre cláusula general y colisión de principios, demandando la aplicación de un juicio de ponderación, cuyas características veremos más adelante.

B) *Standard* y discriminación

El «*bonus pater familia*» ha dado lugar a modelos como «el buen profesional», el «buen hombre de negocios», que son cláusulas generales. En relación a ello examinaremos dos cuestiones: su relación con la legislación antidiscriminatoria y la disparidad entre esos modelos y el deber ser.

Los fallos judiciales, las leyes y las obras doctrinarias toman en cuenta modelos a los fines de decidir como debería obrar un contratante, un propietario, un conductor de automóviles, un empresario, un trabajador.

25 CNCIV Sala H., «Eduardo Pérez c. Lavadero Los Vascos», LL. 26.7.96.

¿Cuál es la fuente de estos modelos?; ¿cuál es su contenido?.

Es la conducta social la que suministra sentido a los comportamientos individuales y da contenidos a las abstracciones normativas. El *bonus pater familia*, el hombre de negocios, el médico prudente, son módulos abstractos que se integran examinando las conductas grupales. No se toma en cuenta lo que hace un sólo hombre, sino un conjunto de ellos.

Esta realidad plantea algunos problemas.

El primero es discernir entre el derecho consuetudinario y la conducta colectiva. La idea de derecho consuetudinario, surge de un paso lógico posterior, puesto que es el precipitado, una vez que se reúne un comportamiento constante, repetido, homogéneo, que produce expectativas con el convencimiento de la obligatoriedad.

El segundo tema es establecer cuando hay una conducta que sirva como referente: ¿es la de la mayoría?, ¿la de un grupo?.

En tercer lugar debemos decidir qué sucede cuando el comportamiento de la mayoría es distinto del que juzgamos en un caso concreto, lo cual nos lleva al problema del posible contenido discriminatorio de los modelos jurídicos.

Finalmente, fijado un modelo no discriminatorio, habrá que solucionar el conflicto que surge cuando la costumbre practicada es contraria a la deseable, cuando el ser se contradice con el deber ser, cuando hay buenas y malas costumbres.

¿Puede ser discriminatorio exigir que alguien se comporte conforme a un modelo? El «*bonus pater familia*» tuvo siempre algunas características específicas para el Juez, o para el legislador; durante mucho tiempo no fue negro, ni mujer, ni desocupado, ni perteneciente a las minorías.

Estas reglas de exclusión ocultas, han sido criticadas radicalmente.

En el derecho privado, se ha dicho que «ciertamente, y a partir de los años sesenta de este siglo, el Derecho de los países occidentales ha dejado de tener como paradigma subjetivo casi único al varón blanco (hasta el segundo tercio del siglo, además, propietario)»²⁶.

Lo cierto es que los modelos tomados en cuenta por el Derecho tienen una carga valorativa y son, además, variables por razones históricas, geográficas, culturales.

²⁶ Fernando Rey Martínez, «El derecho fundamental a no ser discriminado por razones de sexo», Mc Graw/Hill interamericana de España S.A., Madrid, 1995, p. 1.

En este caso, al igual que en el anterior, se muestra la necesaria correlación que debe tener la cláusula general con las normas que guían el razonamiento jurídico, de base constitucional.

C) El «*standard*» del buen médico de la especialidad

Otro problema surge cuando lo que surge de la costumbre no es bueno.

En el ámbito del juzgamiento de la responsabilidad profesional del médico se utiliza con frecuencia el modelo del «*bonus pater familia*» adaptado a la especialidad, habiendo receptado la jurisprudencia el modelo del «buen médico de la especialidad»²⁷. Debe percibirse que el *standard* es complejo porque involucra la interacción entre los líderes de la profesión, los periódicos de actualización, congresos, periodismo científico, etc.²⁸ Esta circunstancia hace que no sea de ningún modo algo fijo, sino variable con los tiempos y con las geografías, siendo necesario precisar como se construye este modelo de conducta a fin de no caer en desviaciones.

Lo que hacen todos puede no ser bueno, pueden disentir lo común y lo deseable. Admitir una regla fija en favor de la práctica común produciría un progresivo descenso del parámetro con un deterioro valorativo. Por esta razón los autores y los jueces han introducido correcciones, inclinándose por la modificación de la práctica común según el parámetro de lo deseable. En Estados Unidos, Holmes, con su reconocida elocuencia y claridad ha dicho que «lo que usualmente es hecho puede ser evidencia de lo que debe ser hecho, pero lo que debe ser hecho es fijado por el *standard* de razonable prudencia»²⁹; la Corte de California señaló que «el hecho de que un largo y continuo descuido en la prestación por parte de los miembros de una profesión no transforma la negligencia en cumplimiento de lo debido»³⁰, y que el *standard* contemplado no es realmente el promedio de méritos el mejor y el

27 Ampliamos en *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Rubinzal, 1997, t. II., p. 23.

28 Johnson Furrow, Jost Schwartz, «*Health Law – Cases, materials and problems*», West P. co. 1987, p. 68 y ss.

29 Texas & Pac. «*Ry vs Behymer*» (cit por Furrow, Johnson, Jost, Schwartz), «*Health Law-cases, materials and problems*», West P. co. 1987, p.102.

30 Harris vs. Fall. CA 7. III. 177. F. 79. Am Jur. 61. 2d. p.212.

peor, sino el razonable promedio entre ordinariamente buenos médicos. Este criterio es aceptado por nuestra jurisprudencia en los casos en que los médicos han invocado que era común no hacer pruebas antes del suministro de drogas peligrosas; se exige aunque no sea común hacerlas³¹. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, Trimarchi expresa que el modelo es canon de normalidad, pero no se refiere a lo que normalmente se practica sino a que lo que se pretende que haga³².

En realidad la costumbre es desechada cuando supone una afectación de valores inherentes a la profesión o una puesta en riesgo excesiva del paciente, o una supervaloración comercial de la actividad. También incide la cuestión económica, puesto que el bajo costo de una práctica puede inclinar al juez a imponerla aún cuando no sea común hacerlo.

De tal modo, también aquí vemos como se corrige el modelo en función de la normatividad.

III) El juicio de ponderación

Hemos establecido una premisa en el sentido de que la aplicación de la cláusula general en el terreno judicial es una «norma de concretización» que vincula el caso con el sistema, que requiere un ajuste de la discrecionalidad con las directivas constitucionales, en especial con la aplicación de los principios jurídicos.

Seguidamente, veremos qué tipo de razonamiento jurídico se deriva de esa premisa.

1) Ámbito de aplicación del juicio de ponderación

La colisión entre reglas produce el efecto de excluir una, porque el resultado de aplicar las dos es incompatible. La colisión de reglas se desenvuelve en el plano de la validez, al que se aplican los criterios señalados para la solución tradicional de antinomias, y con el auxilio de la lógica deóntica. En estos casos, la actividad de intérprete consiste en una opción: o una o la otra.

31 Cnesp Civ y Com Sala 4. Ja. 1983-III-574; Cnciv Sala A. 1977-D-103.

32 Pietro Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 8va. ed. Giufré, Milano, 1989, p. 346.

En cambio, cuando se trata de principios y valores, no hay opción, sino ponderación³³. La aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede en el caso concreto. Se dice que los principios tienen diferente peso en el caso concreto, pero no que son inválidos. La contradicción no puede resolverse señalando que uno de los principios carece de validez y eliminándolo del sistema, ni tampoco consagrando una excepción de validez permanente para el futuro.

No se trata entonces de una antinomia en el sentido tradicional, sino de un campo de tensión. El conflicto entre principios se soluciona mediante un juicio de ponderación de intereses opuestos. Se trata de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto.

Si se entiende a los principios como mandatos de optimización, como aspiraciones a algo que encierran una referencia a la idea del derecho justo, debe estimarse en qué medida se puede realizar en el caso concreto. De modo que el principio tiene un carácter «prima facie» presentando razones que pueden ser desplazadas o atenuadas por otras razones emanadas de otro principio.

Esta concepción implica admitir que no hay principios absolutos. Hay algunos que dan la impresión de serlo, como el de la dignidad de la persona, y sin embargo, está sometido al juicio de ponderación; tal es lo que sucede cuando el legislador o el Juez debe compatibilizar la dignidad de la persona con el derecho a la información. Por ello tienen una estructura *prima facie*. Esta caracterización de las normas tiene una larga tradición en el mundo anglosajón y expresa la característica que tienen algunas reglas de no ser terminadas, de resultar, «en principio» obligatorias, si no hay alguna otra regla o principio que la excluya; su aplicación principal se da en los casos difíciles³⁴. En particular, los principios no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*, porque presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. En cambio, las reglas exigen que se haga exactamente lo que se les ordena, ya que contienen una determinación. Sin embargo, en las reglas también es posible introducir casos de excepción y cuando esto sucede, la regla pierde su carácter de definitivo.

33 Conf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

34 Neil Mac Cormick, *Legal Reasoning and legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 257 y ss.

El carácter *prima facie* de los principios es disminuido cuando se introducen refuerzos argumentativos. Así sucede cuando se afirma que en materia de derechos humanos, quien pretenda limitarlos tiene la carga de argumentar la excepción. Así los principios son más completos y extensos.

Las reglas son debilitadas mediante la introducción de excepciones aumentando así el carácter *prima facie*. Para mostrar esta idea podemos examinar la regla: «No es lícito matar» a nadie, excepto que: la víctima sea un enemigo en guerra; sea en legítima defensa; se aplique la pena de muerte, el enfermo lo solicite; la vida haya dejado de ser buena vida³⁵.

Concluyendo, los conflictos entre los principios y valores intrasistemáticos son tratados mediante un análisis de la capacidad argumentativa de cada uno, que se denomina juicio de ponderación. En cambio, la colisión de reglas se desenvuelve en el plano de la validez, de modo que una desplaza a la otra fundándose en los criterios de cronología, nivel jerárquico y especialidad.

Veremos seguidamente el juicio de ponderación en la aplicación de principios, utilizado para la concretización de las cláusulas generales.

Utilizaremos supuestos distintos:

- cláusulas generales que remiten a principios complementarios.
- cláusulas generales que remiten a principios competitivos.

2) Trato discriminatorio, diferente y bien común: el criterio de la solución más armónica

La utilización de módulos abiertos como «trato discriminatorio», «trato diferente», y «bien común», puede ser tratada como un circuito hermenéutico complementario.

En el ámbito laboral se utilizan los tres módulos referidos para configurar una conducta. La discriminación por razones de raza es una prohibición: no puede hacerse porque se cae en lo ilícito. Sin embargo, dentro del campo de lo lícito, el empleador puede discriminar, si ello responde a principios de bien común, la mayor eficacia o laboriosidad del trabajador (Art. 81º Ley N° 20744). En este último caso la relación entre

35 Conf. Gunter Ellscheid, «El problema del derecho natural. Una orientación sistemática», publicado en Kaufmann-Hassemer – Robles, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, Debate, p. 165.

el trato diferente y el bien común es complementaria, porque ambos se necesitan para configurar una conducta lícita.

El trato antidiscriminatorio actúa como una norma prohibitiva, que establece una frontera externa al juicio de ponderación. Este puede realizarse siempre que no se incurra en ese campo.

Dentro de las conductas no discriminatorias, pueden establecerse diferencias y la ponderación se da entre trato diferente y bien común. En estos casos hay complementariedad. Todo está sujeto a ponderación comparando el peso de dos principios en el caso concreto o a la interpretación de las reglas.

Desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia dispuso que los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados armónicamente, de modo que unos no excluyan a otros. Asimismo, la Constitución consagra una relación de complementariedad entre los reconocidos en los tratados y los ya existentes en la primera parte de la Carta Magna, con anterioridad a la reforma (Art. 75° inc 22). Ello es consecuencia de que el artículo 7° de la Ley N° 24309 declara la nulidad de las reformas que se hicieran a la primera parte de la Constitución.

De ello se deduce una regla general de «complementariedad», entre los derechos, que extendemos a las normas fundamentales.

La primera consecuencia que puede derivarse de esta regla de complementariedad es que todos deben ser satisfechos. Así se ha dicho que en la colisión de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, debe buscarse la solución que haga que todos ellos conserven su entidad; que las normas constitucionales deben interpretarse armonizadamente, respetando los principios fundamentales que la informan³⁶. La Corte ha dicho que cuando los derechos se ejercen en un auténtico sentido, media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lesionar el ejercicio de los otros³⁷.

La segunda consecuencia es que ello es imposible en muchos casos. Es difícil lograr que todos los derechos, reglas institucionales, principios y valores se realicen de ese modo.

No hay posibilidad atenderlos a todos en la máxima cantidad deseable por cada individuo, por el carácter relacional de los derechos. Cada derecho concedido a una parte es una quita al derecho de otro.

36 Fallos: 236:103; 181:343.

37 Fallos 259: 403.

De modo que la complementariedad debe precisarse en dos campos.

En algunos casos, complementario significa que una norma es instrumento para la realización de otra; y en otros casos significa que compiten entre sí y una restringe a la otra, sin que por ello la excluya.

3) La emergencia económica como cláusula general: colisión del orden público y derechos individuales

A) Importancia de la cláusula general

Una de las cláusulas generales más utilizadas en la legislación de los últimos años ha sido la «emergencia económica», dando lugar a una serie de problemas graves derivados de una interpretación amplia sobre su contenido.

La Ley N° 23696, declaró el estado de emergencia económica, sobre todo en los aspectos vinculados a la deuda pública interna. La Ley N° 23.697, declara en emergencia la prestación de servicios públicos, la ejecución de contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera del Estado. La Ley N° 23.982 de consolidación de la deuda pública interna rectifica las obligaciones de dar sumas de dinero, en las que sea deudor el Estado, vencidas de causa o título anterior al 1° de abril de 1991 (Art. 1°). Entre ellas hay muchas causadas por contratos que resultan modificados y en los que se paga con Bonos. La Ley N° 23928, que dispone el nominalismo, la prohibición de la recomposición de las deudas de dinero, y otras modificaciones conocidas.

En materia de decisiones jurisprudenciales se ha considerado legítima la legislación que, invocando la emergencia económica, ha limitado severamente derechos individuales. En materias específicas, como la laboral, se ha dicho que la Ley N° 21476, que limitó la eficacia de los convenios colectivos de trabajo, «parece ajustarse a la doctrina de que en situaciones de emergencia social o económica, la facultad de regular los derechos personales puede ser más enérgicamente ejercida en otros períodos de sosiego y normalidad»³⁸.

Todo ello justifica que nos detengamos en el examen de los criterios que deben guiar la discrecionalidad judicial en la interpretación de la «emergencia económica».

³⁸ CS, «Héctor Soengas y otros c. Ferrocarriles Argentinos», LL. 1990.E.48.

B) Mercado y orden público

En primer lugar, corresponde examinar cómo se interpretan dos cláusulas muy utilizadas: mercado y orden público.

La relación entre contrato, mercado y orden público puede ser apreciada como la de institutos vinculados en relación de necesidad recíproca. La contratación es un instituto del derecho privado que toma en cuenta una relación jurídica que no sería posible sin la existencia de un mercado, en el que se cotizaran bienes y servicios. La autonomía privada, al igual que el mercado necesita de garantías para su funcionamiento. El derecho de la competencia, la propiedad privada, las patentes, son institutos jurídicos sin los que el Mercado no funcionaría³⁹ y sin los cuales, tampoco existirían contrataciones. Por esta razón, y con independencia de las discusiones filosóficas e ideológicas⁴⁰, en el plano del conflicto, no hay sino una complementación, y es necesario establecer el nivel óptimo de regulaciones.

De allí que sea necesaria una teoría del orden público de coordinación y de protección en materia contractual.⁴¹

Mercado y regulación son complementarios.

Las regulaciones son institucionales cuando facilitan el funcionamiento del mercado, y son entonces complementarias. El nivel óptimo se encuentra cuando se logra la regulación mínima para el funcionamiento sin fallas del mercado. Estas regulaciones tienen una vocación de perdurabilidad, son generales en el sentido de que no atienden a una situación particular, y están sometidos al contralor constitucional habitual y conocido.

En cambio, son basadas en la emergencia aquellas regulaciones que tienden a solucionar una situación específica, son temporales y por una razón particular pretenden justificar medidas especiales, que no serían toleradas en situaciones de normalidad. No son complementarias del mercado, como organismo institucional, sino con una situación específica

39 Ver un aspecto de esta complementariedad en Correa, Carlos-Bergel, Salvador, *Patentes y competencia*, Rubinzal, 1996.

40 Sobre este tema ver Jorge Mosset Iturraspe: *Como contratar en una economía de mercado*, ed., Rubinzal, 1996.

41 Sobre este tema ampliamos en: «Los contratos ante la emergencia económica», La Ley N° 4.8.93.

que afecta al mercado: las medidas excepcionales de la emergencia se relacionan con un acontecimiento especial.

C) El concepto de emergencia

Seguidamente examinaremos un caso específico de regulación, cual es la basada en razones de emergencia económica. Este standard es indeterminado en el sentido de que deja abierta una importante puerta para la actuación de la discrecionalidad judicial.

En este caso, el razonamiento jurídico debe basarse en la ponderación, entre las razones de la emergencia y los derechos individuales para dar un sentido jurídicamente correcto al término.

En cuanto a la definición de emergencia, la Convención Americana señala que se trata de casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado (Art. 27°). Una emergencia, dice la Corte Suprema de Justicia, citando al diccionario de la Real Academia Española, es una «ocurrencia que nace, sale y tiene principio en otra cosa», y se asocia a «urgencia», lo que se opone al «sosiego» y «normalidad»⁴². La Ley N° 23696, declaró el estado de emergencia, indicando que se trata de «la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece» (Art. 1°). Lo que se quiere decir con ello es que hay circunstancias excepcionales que autorizan medidas también de excepción.

D) La emergencia como orden público

Las razones de emergencia económica para imponer restricciones a los contratantes, han sido consideradas legítimas desde principios de siglo⁴³ y se mantuvo en su curso⁴⁴, siguiendo, en general a la Corte Suprema de Estados Unidos⁴⁵. En los fallos de la Corte antedicha se aluden como casos de emergencia un terremoto, una guerra, es decir, una circunstancia excepcional que pone en juego al Estado y que justifica

42 Luis Peralta c. «Estado Nacional», LL.1991.C.159, consid. 46.

43 Conf. por ej.: CS. «Avico c. De la Pesa», Fallos, 172.29, año 1934.

44 Conf. entre otros CS. «Cine Callao», LL.100.47; «Fernández Orquin c. Ripoll», LL.124.685.

medidas también de excepción. Figuras análogas al estado de sitio en el orden constitucional y al caso fortuito en el derecho privado; es similar la noción de peligro colectivo a que alude la Ley N° 23696. De modo que la emergencia económica es un hecho externo temporalmente limitado que afecta aspectos esenciales de la organización del Estado creando una situación de peligro colectivo, que autoriza la adopción de medidas que afectan las garantías individuales.

E) Calificación del conflicto

Establecidas las bases, veremos como se interpreta la cláusula general mencionada.

En primer lugar, surge claramente que lo que pretende solucionar son problemas macroeconómicos. Son tales el crecimiento desmesurado de la deuda interna, la desvalorización de la moneda, el déficit fiscal, el desequilibrio del sistema jubilatorio, el crecimiento de la masa salarial. De manera que no pueden ser tachadas de regulaciones discriminatorias por sus motivos, y caen en el campo de lo lícito.

En segundo lugar, no se recurre a los instrumentos económicos, sino a la legislación imperativa modificativa de vínculos individuales. Cuando el Estado tiene una deuda pública interna demasiado grande o inmanejable, se declara en una suerte de concurso e impone la solución a los particulares. Cuando se advierte que la masa salarial tiene efectos macroeconómicos intolerables, se congelan salarios, y se modifican las convenciones colectivas de trabajo (Ej.: Ley N° 21.307, N° 21476). Cuando el Estado necesita dinero impone el ahorro obligatorio a sus ciudadanos (Ley N° 23549).

Es decir, que la emergencia supone una colisión entre orden público y derechos individuales.

F) La ponderación

La Convención Americana señala que puede adoptarse disposiciones que suspendan derechos «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación».

45 Como lo pone de manifiesto Alberto Bianchi, «La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica», LL.1991.C.141.

Son dos los elementos:

El primero es la limitación temporal.

El segundo es que la disposición debe ser la apropiada para remediar la situación, es decir, debe establecer una proporción razonable entre el sacrificio del derecho y la emergencia que lo motiva.

Cuando una ley o sentencia judicial afecta derechos y garantías mínimas, debe hacerse por un proceso legal. Este debido proceso es adjetivo cuando se refiere al respeto de un procedimiento judicial independiente que garantice la defensa en juicio. Es sustantivo cuando se apunta a razonabilidad de las limitaciones, ya que estas deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma y el hecho consecuente de la prestación, teniendo en cuenta las circunstancias⁴⁶.

No se trata de comparar medios y fines, sino las garantías constitucionales y el derecho tal como ha quedado luego de su reglamentación legal; si la situación, de este derecho es tolerada por la Constitución, es razonable. Este es el límite habitual cuando el legislador decide tomar medidas, que sólo pueden ser avasalladas cuando hay una situación de emergencia similar al estado de sitio.

3) La normal tolerancia: división justa de un recurso escaso

A – Nociones de normas competitivas.

Hablamos de normas competitivas cuando no son complementarias en sentido estricto, ni contradictorias, sino antagónicas. Pero es una oposición tenue, ya que comparten el mismo presupuesto básico; de lo que se trata es que no se puede dar a uno sin sacar algo del otro, están puestas en tensión por el principio de escasez.

B - La solución transaccional: solución óptima y juicio de ponderación

De este modo compiten, y es posible buscar una solución de equilibrio transaccional.

Por ello estos derechos y normas no están expresados mediante un juicio de optimización absoluta, sino relativa. Así lo dispone claramente la Convención Americana sobre derechos humanos al señalar en su artícu-

⁴⁶ J. F. Linares, *El debido proceso legal como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Bs. As., 1970, Ed. Astrea, p. 31.

lo 32° que los derechos de cada uno están limitados por los derechos de los demás, y que hay deberes para con la familia, y la comunidad.

Dar a cada uno lo suyo respetando los derechos ajenos exige dar a unos y sacar a otros, buscando un punto de equilibrio. La colisión no produce una exclusión, sino una restricción.

Cuando hay antinomias, el intérprete puede eliminar una de las normas; eliminar las dos o conservar las dos. En este último caso, que es el que contemplamos aquí no se eliminan las normas incompatibles, sino la incompatibilidad de las normas. El intérprete realiza una interpretación correctiva.⁴⁷

En el caso de los principios, se aplica un juicio de ponderación, que consiste en pesar uno y otro; la restricción surge de la aplicación del que tiene mayor peso en el caso concreto.

¿Hay analogías entre el juicio de ponderación y la búsqueda de un nivel óptimo?

El juicio de ponderación expresa que la medida permitida de no satisfacción de un principio, depende del grado de importancia de satisfacción del otro. La ponderación establece una relación, que puede ser expresada en curvas de indiferencia que representen la relación de sustitución de bienes.

Las curvas de indiferencia muestran esa relación: si disminuye la libertad de prensa porque se considera que debe ceder frente a la seguridad externa, es necesario verificar cada vez más aumentos de seguridad para compensar la disminución de libertad. En el punto en que el cambio es indiferente se produce el equilibrio.

De este modo estamos en condiciones de disponer de una racionalidad mínima para examinar los puntos de equilibrio en la satisfacción de intereses y de normas, sin que por ello se llegue a extremos deformantes. En la teoría de los juegos se ha llegado a un grado de formalización sorprendente: por ejemplo, a partir del sencillo conflicto entre una persona llamada Lucke, que tocaba el piano y otra, Matthew, que tocaba la trompeta y vivían en departamentos vecinos, se escribieron numerosos libros y fórmulas matemáticas, que intentaron formalizar las soluciones que alcanzarían ambas partes en el uso del recurso escaso (el tiempo) para lograr la satisfacción de su interés (tocar el piano o la trompeta), en función de la utilidad. Así se obtienen nociones como la línea de

47 Bobbio, «Teoría del ordenamiento [...]», *op. cit.* p. 211.

base, el punto de desacuerdo, la función de las amenazas, el excedente cooperativo, etc.⁴⁸ No pretendemos igualar el grado de complejidad alcanzado pero sí mostrar algunos aspectos en el plano del racionamiento, sobre todo en cuanto a iniciar un camino de soluciones óptimas, que se ajuste a la cuadrícula normativa de nuestro Derecho vigente.

C) Comparación de normas de rango equivalente

La solución de la competencia mediante la búsqueda de un punto óptimo de eficiencia exige que se trate de normas de rango equivalente.

El estatus no puede deducirse por la ubicuidad, ya que todas son normas de rango constitucional o susceptibles de argumentación fundamental.

Se trata de examinar el bien jurídico protegido, puesto que aquí es posible establecer jerarquías.

En algunos supuestos hay una garantía sustantiva a un contenido esencial de un derecho fundamental que condiciona a las demás normas. Las garantías son iguales para todos los ciudadanos que se encuentran en una misma categoría identificada por el legislador. Son mínimas porque se trata de asegurar a un grupo la provisión de un bien mediante la imposición general y para ello se busca un nivel de optimalidad entre la garantía y la carga que significa. Afectan a los terceros porque requieren la imposición de contribuciones.

Generalmente se expresan mediante mandatos no condicionales. Cuando se aplica una garantía no hay competitividad, puesto que se asegura la provisión de un derecho en forma forzada.

D) El caso de la preeminencia cuantitativa en los derechos patrimoniales cualitativa en los extrapatrimoniales

Siguiendo el razonamiento esbozado en el punto anterior, veremos un supuesto de colisión entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

48 La bibliografía es numerosísima y compleja. Puede consultarse los libros de David Gauthier, *Morals by agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986, y Von Neumann-Mornstern, *A Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton Univ. Press, 1944, y en castellano un desarrollo completo de este caso en Brian Barry, *Teorías de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1995, capítulos I, II, III.

En el caso fallado con un magnífico voto de la Prof. Aída Kemelmajer de Carlucci⁴⁹ y al que nos hemos referido en numerosas oportunidades, se indica que el Estado tiene una obligación tácita de obrar cuando:

- existe un interés normativamente relevante,
- la relevancia se establece con una preeminencia cualitativa de los bienes extrapatrimoniales; entre los patrimoniales la preferencia es cuantitativa,
- la necesidad material es actuar para preservarlos,
- la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

Siguiendo estos lineamientos podemos extraer las siguientes reglas de solución de conflictos:

- Concurrencia de bienes extrapatrimoniales y patrimoniales: habría preeminencia de los primeros.
- Concurrencia de bienes patrimoniales la solución es cuantitativa. Ello exige un juicio de optimización en la asignación de recursos.
- Concurrencia entre bienes extrapatrimoniales: en estos casos habrá un juicio de ponderación entre ellos.

Finalizando este trabajo, deseamos concluir en que la cláusula general, en tanto norma referida a una *fattispecie* abstracta, necesita de una norma de concretización cuya elaboración corresponde al Juez. Este último no puede improvisar ni basarse en intuiciones subjetivas, sino en una metodología que relacione al caso con el sistema, aplicando las normas fundamentales conforme al juicio de ponderación.

De ello se deriva una menor incertidumbre y un incremento de la seguridad jurídica.

⁴⁹ En la causa «Francisco Torres c. Provincia de Mendoza» fallado por la Suprema Corte de Mendoza LL.1989.C.515.