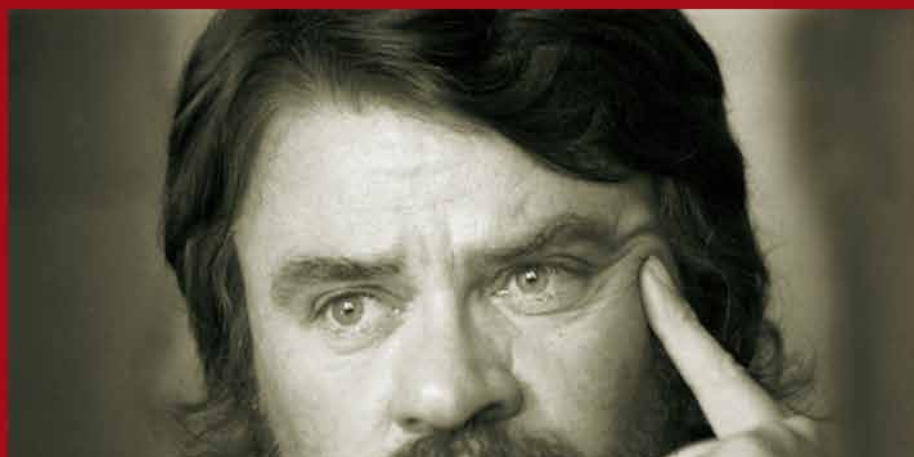


# HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



## Capítulo 40

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez  
Alfredo Bullard González  
René Ortiz Caballero  
Carlos Ramos Núñez  
Marcial Rubio Correa  
Carlos A. Soto Coaguila  
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

*Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-889-0

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## LA DOCTRINA DE LOS *ACTOS PROPIOS* EN EL DERECHO ARGENTINO

*Julio César Rivera\**

Con el presente trabajo adhiero al homenaje al profesor Fernando de Trazegnies, prestigioso jurista y hombre público, muy conocido en Argentina por sus publicaciones en las más conocidas revistas locales, largamente merecedor de este reconocimiento por sus valiosos aportes a la ciencia del derecho y a la hermandad entre los pueblos latinoamericanos.

### 1. LUGAR QUE OCUPA LA NOCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

La noción de confianza legítima tiene aplicación en distintos institutos del sistema jurídico argentino, pero sin duda donde mayor fuerza cobra es en lo que se conoce como la «doctrina de los actos propios».

Esta doctrina predica que «nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz»<sup>1</sup>.

En el derecho argentino, sus orígenes se remontan al año 1976, cuando comienzan a aparecer los primeros fallos judiciales en los que se esbozan tímidamente los perfiles de esta teoría; que luego cobraría forma definitiva en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro de la Academia Nacional de Derecho, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, de UNIDROIT y de la Association International de Juristas Andrés Bello. Director de la revista de Derecho Comparado.

<sup>1</sup> CSN, 16 de febrero de 1993, «Zambrano, Luis María, c. Agravia, José Manuel, y otros». Fallos 316:132.

## Noción. Diferencias con otras figuras

### *Caracterización y perfiles de la doctrina de los actos propios*

La doctrina de los actos propios es una derivación necesaria e inmediata del principio general de buena fe, fundada en la protección de la confianza suscitada en un tercero por una conducta anterior deliberada, eficaz y jurídicamente relevante.

La aplicación judicial de esta doctrina se materializa como una suerte de prohibición o inadmisibilidad, que impide la invocación de alegaciones que importen ponerse en contradicción con los propios actos anteriores del sujeto<sup>2</sup>. Es decir que importa «una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación, puesto que no es dable permitir que se asuman pautas que susciten legítimas expectativas y luego se formule un reclamo judicial que contradiga dicho actuar»<sup>3</sup>.

Sin embargo, no cualquier acto anterior impide ponerse en contradicción con el mismo.

Para que la doctrina sea aplicable, el acto anterior reunir tres condiciones:

- a) debe ser deliberado, es decir, debe trasuntar una «toma de posición» frente a una situación determinada;
- b) debe resultar «jurídicamente relevante», por lo tanto, es menester que tenga trascendencia en el mundo del derecho, lo cual excluye a los actos que no tengan valor vinculante, tales como las meras opiniones, expresiones de deseos, meras manifestaciones de intención pero sin asumirse el correlativo compromiso. En definitiva, el acto debe ser ejecutado dentro de una determinada relación o situación jurídica, y debe haber afectado intereses ajenos;
- c) debe ser «jurídicamente eficaz», ya que si la primera conducta es inválida o ineficaz, es lícito volver contra ella<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> BIANCHI E IRIBARNE (ED, 106 - 851).

<sup>3</sup> COMPAGNUCCI DE CASO (1985-A-1001).

<sup>4</sup> Cuando la supuesta o pretendida actuación anterior o vinculante es *contra legem*, la doctrina de los propios casos no es invocable, pues para su procedencia, el acto o actos realizados en el pasado que resulten contradictorios con una conducta actual deben haber sido reales y válidos, y en consecuencia, los actos simulados y los actos nulos escapan así a la contradicción. De lo contrario, se privaría a una persona de la posibilidad de arrepentirse de una conducta antijurídica anterior, resultando prisionera eternamente de sus actuaciones anteriores, lo cual no es un razonamiento en principio admisible. Véase NISSEN (1997: B, 1371).

La doctrina de los actos propios es de aplicación residual, no siendo aplicable cuando la ley establece una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola<sup>5</sup>.

En efecto, existen ciertos casos en los cuales la normativa expresamente autoriza un actuar contradictorio.

Así por ejemplo, (i) el oferente puede lícitamente retractarse antes de que la oferta sea aceptada por el destinatario (artículo 1150, primera parte, Código Civil); (ii) si se hubiera pagado una seña para asegurar la celebración de un contrato, es lícito arrepentirse del contrato perdiendo la seña depositada (artículo 1202, Código Civil)<sup>6</sup>; (iii) es lícito revocar el testamento (artículo 3824, Código Civil); (iv) existiendo pacto comisorio quien ha pedido el cumplimiento del contrato, puede pedir más tarde su resolución (artículo 1204, Código Civil); etcétera.

En algunos fallos se ha puesto especial énfasis en el aspecto objetivo de la conducta, señalándose que lo decisivo en el *venire contra factum* no es tanto la existencia de una voluntad en el comportamiento antecedente, cuanto el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte<sup>7</sup>, y que resulta irrelevante la disposición subjetiva del autor de la conducta contradictoria, por cuanto la inadmisibilidad del *venire contra factum* se produce «objetivamente», es decir, con prescindencia del grado de conciencia o conocimiento que haya tenido el agente al realizarla. Ello así por cuanto cualquiera haya sido la voluntad que ha impulsado tal actuar, aquel ha suscitado en el interesado una confianza fundada respecto a lo que significaba como actitud del sujeto dentro de la relación jurídica, por ende, la persona se encuentra imposibilitada de contrariarlos<sup>8</sup>.

Sin embargo, ello no implica prescindir de eventuales vicios de la voluntad que puedan existir en la primera declaración, tales como la violencia, el dolo o el error excusable; lo contrario implicaría generar una temible dictadura del pasado, en busca de evitar la desprotección de la confianza. Los justiciables quedarían así irremediabilmente atados a sus actos anteriores, cualquiera fueran las circunstancias, motivaciones y características de estos.

---

<sup>5</sup> GÓMEZ (2005: 737).

<sup>6</sup> Esto es así en el ámbito de los negocios civiles. En el derecho comercial la seña es confirmatoria, por lo que no hay derecho a arrepentimiento perdiendo la señal o arras.

<sup>7</sup> SC Buenos Aires. 27 de setiembre de 1988, «Rojas, José c. Municipalidad de General San Martín». DJBA, 135-330.

<sup>8</sup> CN comercial, sala A, 15 de marzo de 1985, «Colombo, Antonio c. Apolo, Cía de Seguros», DJ 1985-I-832).

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la nación recientemente ha resuelto que para que sea aplicable la doctrina de los actos propios, es necesario que los actos que se oponen al reclamante hayan sido voluntarios, libres y no hayan estado inducidos por ninguna de las causales que vician la voluntad, es decir, error, dolo, coacción física o psíquica, estado de necesidad, etcétera<sup>9</sup>.

Finalmente, como la aplicación de la doctrina supone dos conductas, una anterior y otra posterior contradictoria con la primera, se entiende que entre ambas debe mediar un lapso suficiente como para que la conducta realizada cobre virtualidad jurídica con efecto vinculante y pueda suscitar en el otro una confianza o expectativa legítima, ya que si se produce una contradicción o retractación simultánea, ambas conductas son comparables por el receptor de las manifestaciones de voluntad, y por consiguiente no pudo haber suscitado en él una confianza legítima en ningún sentido.

### *Distinción con las nociones próximas*

Hemos dicho que la doctrina de los actos propios constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe.

Pero también son corolarios de la buena fe, la lealtad, la cooperación, la coherencia, el abuso del derecho y la teoría de la apariencia.

De modo que no habrán de encontrarse diferencias tajantes con esas nociones, sin perjuicio de que pueden destacarse algunos matices.

No obstante, y por constituir la raíz afín a todas ellas, creemos conveniente precisar los perfiles que en el derecho argentino tiene el principio general de la buena fe.

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado que requiere, para ser dotado de contenido, de la remisión a criterios más o menos generales y a las valoraciones o estimaciones vigentes en la sociedad. En consecuencia, para dotar de contenido al concepto es necesario recurrir a elementos meta-jurídicos: las estimaciones morales, las consideraciones éticas vigentes en la comunidad, las circunstancias económicas, sociales, culturales que tipifican la situación de una sociedad determinada. Por esta razón, se sostiene que la buena fe representa un punto de contacto entre el derecho y la moral, una especie de tracto de unión entre estas dos disciplinas, permitiendo a la moral acceder a la vida jurídica y asegurando una mejor adecuación del derecho a la regla moral.

---

<sup>9</sup> Dictamen del procurador general del 18 de marzo de 2005, en CSN, 11 de octubre de 2005, «Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados y otro». Fallos 328:3717.

Es justamente por ello que se ha afirmado que «nunca la autonomía de la voluntad es plena, libre y nadie es dueño absoluto y arbitrario para comportarse, en todos los ámbitos y especialmente, en el negocial, según le parezca; siempre estarán arropados los contratantes en los límites y con la luz del principio de la buena fe»<sup>10</sup>.

En nuestro Código Civil, su artículo 1198 establece que los contratos deben ser celebrados, interpretados y ejecutados de buena fe.

Como dice el decano Alterini: «la buena fe es (o debería ser) la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica; la mala fe corrompe la armonía de la convivencia, tuerce el curso habitual de los fenómenos jurídicos, y produce consecuencias comúnmente disvaliosas para quien aporta ese elemento insólito»<sup>11</sup>.

En este orden de ideas, relacionando la buena fe con la doctrina de los propios actos, la Corte Suprema ha dicho que «la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Dicha regla gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos, según lo disponen respectivamente los artículos 1071 y 1198 del Código Civil, y es aplicable por igual en el campo de derecho privado y del derecho administrativo»<sup>12</sup>.

En definitiva, la buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de principio general del derecho: todas las personas deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal, en la fase previa a su constitución y en el desenvolvimiento de las ya construidas<sup>13</sup>.

Pueden distinguirse dos expresiones de la buena fe, la buena fe objetiva o buena fe lealtad, y la buena fe subjetiva o buena fe creencia.

La buena fe subjetiva consiste en la creencia acerca de que una conducta no va contra derecho, o en la ignorancia de no estar dañándose un interés ajeno tutelado por el derecho. En tanto que la buena fe objetiva consiste en la confianza acerca de que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos similares; se trata, pues, de las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea concertado lealmente, obrando con rectitud.

En la doctrina de los actos propios prevalece la buena fe objetiva, ya que lo que sanciona es la conducta contradictoria interpretada objetivamente. La buena fe lealtad es esencial para resolver el problema planteado por el *venire contra*

---

<sup>10</sup> MORELLO (2003: 40-41).

<sup>11</sup> ALTERINI (1998: 33).

<sup>12</sup> CSJN, «Estructuras Tafi S.A.C. e I y otro c. Tucumán, provincia de y otro s/ Daños y perjuicios». Fallos 321:2531.

<sup>13</sup> MORELLO (2003: 40-41).

*factum*, porque ella impone el deber de proceder con rectitud y honradez en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración y desenvolvimiento de la misma.

Sentado ello, entraremos ahora a destacar los matices diferenciadores entre la doctrina de los actos propios y el resto de las nociones enumeradas supra.

Así, los deberes de obrar con lealtad, coherencia y cooperación, por su lado, son pautas de conducta que las partes están obligadas a observar durante la constitución y el desarrollo de toda relación jurídica, y responden a la idea de que los derechos subjetivos deben ejercitarse con moderación y prudencia y según la estimación habitual que la gente puede esperar de determinada conducta, entendiéndose que todo ciudadano tiene derecho a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean estos los particulares o el propio Estado<sup>14</sup>. Se asientan también en la fidelidad que merece el vínculo contractual, toda vez que resulta ser una conducta socialmente reclamada por la idea de ética vigente la de respetar la palabra empeñada, umbral que en nuestro derecho tiene consagración normativa expresa en el artículo 1197 del Código Civil<sup>15</sup> y que constriñe a las partes a satisfacer íntegramente el interés de la otra<sup>16</sup>.

Tales deberes de conducta se diferencian de la doctrina de los actos propios en cuanto a la función más general que persiguen, pues apuntan a garantizar el cumplimiento cabal del negocio concertado y proteger de este modo el tráfico jurídico nacido de la voluntad de las partes. En cambio, la doctrina de los actos propios busca proteger un valor más específico, que es la confianza razonable y legítima acerca de cierto comportamiento futuro suscitada a partir de los actos propios realizados por una de las partes en determinada relación jurídica. Los deberes de lealtad, cooperación y coherencia obligan a actuar de determinada manera. La doctrina de los actos propios, impide ejercer judicialmente una pretensión o defensa contradictoria con una conducta anterior deliberada, eficaz y jurídicamente relevante.

El abuso de derecho también es un instituto fundado en el principio de la buena fe, aunque en este caso actúa como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos. Es sabido que en el estado actual de nuestra cultura no se conciben los derechos subjetivos de carácter incondicional, esto es: sin limitación o sin

---

<sup>14</sup> CSN, 21 de setiembre de 1989, «Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Estado Nacional, s. Expropiación Indirecta». Fallos 312-1725. También, 3 de marzo de 1992, «Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Ferrocarriles Argentinos». Fallos 315-214.

<sup>15</sup> Artículo 1197: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

<sup>16</sup> CN comercial, sala B, 3 de julio de 1984, «Acetta, Juan C., c. Omega Coop. de Seguros». ED 111-480.



más acotación que la soberana voluntad de su titular. Por el contrario, se parte de la idea de que todos los derechos son otorgados para el cumplimiento de una determinada finalidad: «no hay derechos autónomos en el sentido de que agoten su contenido en sí mismos, sino que todos encuentran su razón de ser, o su finalidad, fuera del ámbito de su propia definición»<sup>17</sup>.

Por ello se considera abusivo el ejercicio antifuncional de un derecho, es decir, el que se realiza contrariando la finalidad en miras de la cual es reconocido por la ley, o sobrepasando los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En el derecho positivo argentino este instituto tiene recepción legal expresa en el artículo 1071 del Código Civil<sup>18</sup>.

La sanción legal frente al ejercicio abusivo de un derecho es la paralización del derecho ejercido antifuncionalmente, y la condena a su autor a reparar los daños causados. En la doctrina de los actos propios, en cambio, no hay tal ejercicio antifuncional de un derecho, sino una actuación lícita con trascendencia jurídica que luego impide a su autor adoptar judicialmente una postura contraria. El instituto del abuso de derecho persigue evitar un ejercicio desviado de los derechos, por cuanto ello contraría la finalidad de la ley y es fuente de perjuicios a terceros. En cambio, la doctrina de los actos propios persigue evitar la defraudación de la legítima confianza suscitada en el marco de las relaciones contractuales por la conducta asumida por las partes.

Alguna similitud posee con la teoría de la apariencia, puesto que esta teoría también pone énfasis en la protección de la legítima confianza creada a un tercero. La «apariencia» importa conferir valor jurídico a la adquisición de derechos por parte de un sujeto que ha actuado en razón de una realidad exterior visible que daba la apariencia de la existencia de un derecho, aunque este último en realidad no haya existido. De esta manera, ese derecho adquirido resulta oponible al verdadero titular, aunque este no haya intervenido en la relación jurídica, y aunque el sujeto no hubiera podido adquirir esos derechos por el juego normal de las reglas jurídicas. En la doctrina de los actos propios su aplicación determina la inadmisibilidad de un actuar contradictorio con la confianza creada.

Para que resulte aplicable esta teoría es necesario que exista una situación de hecho exterior, visible, que cree la apariencia de la existencia de un derecho subyacente, y que quien actúe en razón de la apariencia creada lo haga de buena fe. Esta teoría se funda en la protección al tercero de buena fe que ha celebrado

---

<sup>17</sup> T.S.J. de Córdoba, sala civil y comercial, 30 de mayo de 1991, «Bisjo de Gotusso c/Zurbriggen». LL Córdoba 1991-772.

<sup>18</sup> Cuyo segundo párrafo reza: «La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquel la tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres».

un negocio jurídico bajo la creencia razonable de la existencia de un derecho que en realidad no existía, y también a la necesidad de la tutela de la seguridad jurídica de las transacciones.

En el derecho argentino existen diversos supuestos de aplicación de la teoría de la apariencia. Es lo que acontece por ejemplo con el mandato aparente previsto por el artículo 1967 del Código Civil, que protege los derechos adquiridos del mandatario ignorando la cesación del mandato; y del artículo 1938 del Código Civil, que desconoce la eficacia de las órdenes reservadas o instrucciones secretas dadas por el mandante al mandatario. También constituyen aplicaciones de la teoría de la apariencia el artículo 732 del Código Civil que libera al deudor en virtud del pago realizado al acreedor aparente, el artículo 1051 del Código Civil que protege al tercero adquirente de buena fe de derechos emanados de un acto luego anulado; y el artículo 58 de la ley 19.550 de sociedades comerciales, que dispone que el representante convencional o legal de la sociedad obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, régimen que se aplica aun en infracción a la organización plural si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción a la representación plural.

## **2. UBICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Ya hemos visto que la doctrina de los actos propios es una regla de derecho fundada en el principio de la buena fe. Como el principio de la buena fe, por ser un principio general del derecho, es aplicable a todas las ramas en que puede fraccionarse el derecho, incluso el derecho público, tanto local como internacional<sup>19</sup> no cabe predicar otra cosa respecto de la doctrina de los actos propios —obviamente que con las excepciones del caso, por tratarse en este caso de una regla y no de un principio—.

Como bien ha señalado un autor, el hecho que la administración tenga como objeto el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales, pues debe actuar como el primer custodio de la buena fe en las relaciones jurídicas; y no puede ni debe sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerados en el derecho privado<sup>20</sup>. En ese orden de ideas, el procurador del Tesoro de la Nación sostuvo que mantener la congruencia de conductas asumidas, facilita el

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ BERRUTI (1986, E: 876).

<sup>20</sup> PIAGGI (2004: 112).

buen orden administrativo y la certidumbre que debe imperar como exigencia insoslayable en el accionar del Estado<sup>21</sup>. Agréguese, a mayor abundamiento, que no parece lógico excluir a la administración pública de la aplicación de la doctrina de los actos propios, puesto que de esa forma quedarían fuera del amparo de un principio tan cardinal como el de la buena fe una vasta cantidad de relaciones jurídicas<sup>22</sup>.

También se ha considerado aplicable esta doctrina a los actos de los tribunales judiciales, en los supuestos en que es el propio juez o tribunal quien incurre en la contradicción o incongruencia. Este criterio ha sido sostenido por prestigiosa doctrina<sup>23</sup> afirmado en las Primeras jornadas chaqueñas de derecho civil y de derecho procesal civil<sup>24</sup> y aplicado en diversos precedentes judiciales<sup>25</sup>.

Asimismo se resolvió la aplicación de esta teoría en el derecho laboral<sup>26</sup>.

En el derecho privado argentino, la regla que sanciona la inadmisibilidad de volver contra los propios actos encuentra fundamento normativo en los artículos 1071 y 1198 del Código Civil, según la redacción que recibieron a partir de la

---

<sup>21</sup> Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación de fecha 20 de octubre de 1986. En igual sentido se dijo que la obligación de comportarse conforme al principio general de buena fe es un deber del cual no resulta excluido el Estado. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde afirmar que la regla *venire contra factum proprium non valet*, por ser una derivación de aquel principio, es invocable contra el estado. Véase BORDA (1991, B: 38).

<sup>22</sup> MAIRAL (1994: 52). SCJ Mendoza, sala I, 2 de mayo de 1990, «Arrigoni, Raúl c. Dirección General de Escuelas». LL, 1991-B-38.

<sup>23</sup> Entre ellos, EISNER (1987, C: 820); GARAY (1991, II: 870); COLERIO (2005, D: 1).

<sup>24</sup> Celebradas en Resistencia, en el año 1987, donde se declaró con relación a la doctrina de los propios actos, que esta «comprende también la actividad de las partes en el proceso y la del propio tribunal».

<sup>25</sup> Así, en un fallo se resolvió que «puede ocurrir que el juzgado ordene la notificación por cédula de una resolución que por ley se notifica automáticamente. Cabe concluir que ha de prevalecer la notificación por cédula, por razón de que el litigante no debe ser sorprendido». (CN Civil, Sala C, 11 de noviembre de 1985, LL 1986-A-599); y en otro que «si no obstante que el artículo 201 del Código procesal dispone que la resolución que recaiga en el pedido de mejoramiento de la contra cautela quedará notificada por 'ministerio de la ley', el órgano jurisdiccional dispuso la notificación personal o por cédula, no puede volver sobre sus propios actos intentando modificar la forma de notificación de la resolución aludida, con motivo del recurso de apelación deducido por la parte afectada. La facultad de disponer la forma de notificación, aun cuando no haya sido esta la intención, quedó consumada al dictarse el acto jurisdiccional en cuestión» (CN Civil, Sala F, 9 de marzo de 1984, LL 1984-C-18).

<sup>26</sup> En dicho pronunciamiento se sostuvo que «el consentimiento de la trabajadora a la medida dispuesta por la empleadora, por cuanto decidió acogerse al régimen de jubilación sin interponer una demanda de reinstalación ni colocarse en situación de despido debido a su investidura gremial, torna aplicable la doctrina de los actos propios, pues llevó a cabo actos que importaron acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar la garantía sindical con que se encontraba tutelada». (TS Neuquen, 27 de abril de 2005, «Sosa, Nidia R c. Banco Provincial de Neuquén», publicado en La Ley Online).

reforma del año 1968<sup>27</sup>. Antes de esa reforma, algunos fallos le encontraban sustento en los artículos 16 y 953 del Código Civil<sup>28</sup>.

### 3. NATURALEZA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

#### Origen y la naturaleza de la noción

Los autores argentinos coinciden en señalar que la doctrina de los actos propios tiene origen en el brocardo latino *venire contra proprium factum nullin conceditur*, también expresada como *adversus factum suum quis venire non potest*. En Argentina ha tenido difusión por la obra de Díez Picazo y Ponce de León<sup>29</sup> y de una monografía de Puig Brutau<sup>30</sup>.

La doctrina de los actos propios, que constituye una evolución nacida de ese dicho brocardo, tiene naturaleza de regla de derecho, no de principio general, como en cambio lo es la buena fe.

Las reglas de derecho son máximas jurídicas que resumen el sentido de una institución o de un complejo de normas ya incluidas en el plexo normativo, pero que no tiene carácter de principio general del derecho, por lo que, a diferencia de estos últimos, admiten excepciones<sup>31</sup>.

#### Prueba de la confianza

En primer lugar el defraudado debe haber actuado acorde a la confianza que el accionar del defraudante le había suscitado. Es decir, que debe existir coherencia entre el acto (u omisión) del defraudado y la pauta de conducta que la confianza generada hacía suponer como idónea o adecuada.

Luego, deberá probarse que el defraudado, obrando con cuidado y previsión, y habiendo adoptado las diligencias que exigían la naturaleza de la relación, con sujeción a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar, pudo razonablemente haber creído que el acto propio del defraudante importaba una pauta de conducta en un sentido tal que excluía la posibilidad de un actuar contradictorio.

En síntesis, la parte que intenta hacer valer judicialmente esta teoría deberá probar la existencia de una conducta determinada de un sujeto que haya generado una confianza razonable o expectativa de comportamiento futuro, y que en base

<sup>27</sup> BORDA (1987: 57).

<sup>28</sup> CN Civil, sala D, 13 de febrero de 1984, «D'Ambar S.A. contra I.M.O.S.», LL 1985-A-243.

<sup>29</sup> DÍEZ-PICAZO (1963).

<sup>30</sup> PUIG BRUTAU (1951).

<sup>31</sup> BORDA (1987: 59-60).

a esa expectativa haya obrado de una manera tal que le causaría un perjuicio si su confianza fuese defraudada.

#### **4. LAS APLICACIONES DE LA NOCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN DERECHO DE LOS CONTRATOS, DESDE EL PRINCIPIO HASTA EL FIN DEL PROCESO CONTRACTUAL**

##### **Invitación a contratar emitida por error**

Para responder a esta pregunta es necesario realizar algunas aclaraciones previas.

Como es sabido, la voluntad del sujeto que da lugar al nacimiento de un negocio jurídico se compone de elementos internos y externos. Los elementos internos son el discernimiento, la intención y la libertad, en tanto que el elemento externo es la declaración de la voluntad.

Desde antiguo se ha planteado el problema acerca de la prevalencia de la voluntad declarada o de la voluntad interna cuando ambas resultan divergentes, y que resulta trascendente a la hora de determinar la validez, eficacia e interpretación del negocio jurídico. Ello dio lugar al nacimiento de dos teorías antagónicas<sup>32</sup> y de algunas posiciones intermedias<sup>33</sup>.

Sentado ello, señalamos que el Código Civil argentino, por su parte, suscribe la doctrina de la voluntad, según se evidencia en su reglamentación del acto voluntario, para el cual deben hallarse presentes los denominados elementos internos, en particular la intención. Por lo demás, nuestro código regula los denominados vicios de la voluntad, entre ellos, el error<sup>34</sup> cuya presencia autoriza a nulificar el acto.

---

<sup>32</sup> Estas son: a) la teoría de la voluntad, expuesta originariamente por Savigny, que considera que el efecto jurídico se produce por consecuencia de la voluntad interna, por lo que esta última debe prevalecer sobre lo declarado; y b) la teoría de la declaración, que según algunos autores ha sido adoptada por el Código Civil alemán, y que considera que la declaración de voluntad tiene efecto no solo comunicante sino también determinante de un compromiso que provoca la responsabilidad del declarante en el sentido de cumplirlo, razón por la cual prevalece sobre la voluntad interna.

<sup>33</sup> Que son las que prevalecen en la actualidad, y que buscan superar las consecuencias intolerables a que conducen las teorías extremas a través de soluciones prácticas que tengan en cuenta el tipo de acto de que se trata. Ello dio lugar a la distinción entre las declaraciones recepticias, y las no recepticias. En las primeras, por estar dirigidas a otro sujeto, la indagación de la voluntad real se realiza a través de la declaración. En las segundas, por tener una finalidad exclusiva de conocimiento (generalmente tiene lugar en los actos *mortis causae*, como los testamentos), la voluntad interna prevalece sobre lo declarado.

<sup>34</sup> También son vicios de la voluntad el dolo, entendido este como toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, astucia, ardid o maquinación tendente a engañar a otro hacer incurrir

Sin embargo, el código también realiza algunas concesiones a la voluntad declarada que morigeran la supremacía de la voluntad real. Así, para que el error anule el acto debe ser de hecho, esencial y excusable; de modo tal que el error de derecho, y el error de hecho no esencial o inexcusable, si bien conservarían por hipótesis la virtualidad de afectar la voluntad interna, no autorizan a anular el acto. Tampoco acepta la reserva mental y protege al tercero de buena fe frente al acto simulado.

Ello sin perjuicio de que el receptor no debe conocer que la voluntad declarada no se corresponde con la voluntad real, o bien que, empleando la debida diligencia, no haya podido conocerla. Ello así por cuanto el derecho no podría amparar una actuación de mala fe<sup>35</sup> ni un obrar negligente.

### Negociación del contrato

En nuestra doctrina se define a las «tratativas contractuales previas», como aquellas exteriorizaciones de las partes tendentes a elaborar un proyecto de contrato que, aunque inidóneas en sí mismas para concluirlo, están orientadas a lograr la celebración del mismo<sup>36</sup>.

La doctrina en general admite que durante las tratativas preliminares, y aun cuando no se hubiera formulado una oferta, las partes están obligadas a comportarse de buena fe para no frustrarlas injustamente. Ello tiene base en el artículo 1198 del Código Civil que establece que «los contratos deben celebrarse [...] de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión».

Esa regla sentada por el artículo 1198 importa que la buena fe debe existir no solo durante el desarrollo de la vida del contrato, sino también en su etapa genética.

Esto no significa que la relación que se entabla entre las partes en el período de tratos o conversaciones previas importe una obligación de contratar, es decir, de ponerse finalmente de acuerdo y concluir un contrato; sino que los negociadores conservan el poder o facultad de retirarse hasta el momento de la conclusión del contrato.

---

a otro en error; y la violencia, es la fuerza irresistible empleada para la obtención de un acto, que se traduce en la falta de libertad del sujeto que lo realiza.

<sup>35</sup> Es que cuando el receptor de la conducta ha tenido conocimiento del error del declarante, resulta lícito que este vaya contra su propio acto. Pero ello no se fundamenta en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta. Véase BORDA (1987: 75).

<sup>36</sup> Código Civil y Comercial, Rosario, Sala II, 3 de setiembre de 1997, «C., N. T. c. S., E.», LL, 199846.

No obstante, aquella relación precontractual sí impone un deber de comportamiento correcto y leal. En otras palabras, si bien debe reconocerse el derecho a retirarse de las negociaciones previas, este derecho debe ser ejercido de buena fe.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que el derecho otorga valor jurídico y concede protección a las negociaciones tendentes a la formalización del contrato. Entonces, aun antes que el mismo llegue a celebrarse, el imperio del principio supremo de la buena fe penetra para siempre en el campo de la relación obligacional inyectándole notas de respeto hacia los intereses de la contraparte que se traducen en la necesidad de conducir el obrar de cada uno de un modo funcionalmente valioso tipificado por los deberes de corrección<sup>37</sup>.

La más prestigiosa doctrina argentina sostiene que no cabe admitir una responsabilidad por la sola ruptura de las tratativas. En efecto, el artículo 1150 del Código Civil dispone que las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas y solo se ha previsto una indemnización de daños para el caso del artículo 1156, que establece que «la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses». De esta manera, sí es posible una revocación de la oferta sin indemnización alguna, *a fortiori*, y con mayor razón, lo es el retiro de las negociaciones antes de la oferta<sup>38</sup>. Señala el mismo autor<sup>39</sup> que hay dos posibilidades: o en las tratativas se ve una obligación de contratar en ciertos términos, y entonces ya no son tratativas, sino contrato preliminar; o no se encuentra obligación alguna con ese contenido y entonces no cabe hablar de responsabilidad por no haber contratado. No vemos que pueda quejarse el que hace gastos en miras a la concreción de un contrato futuro que no llega a celebrarse por interrupción de las tratativas. El que entra en tratativas, sabe que ellas pueden fracasar y hace sus cálculos<sup>40</sup>.

Sin embargo, es importante reiterar que quienes entran en tratativas, desde el primer contacto con tal objetivo, deben mostrar una conducta cuidadosa, celosa y diligente. Cumplir con los deberes secundarios que impone la buena fe: información, guarda cuidadosa, reserva, colaboración, veracidad, etcétera. Y en orden al mantenimiento del estado de tratativas deben llevarlas adelante hasta su propio agotamiento, con la celebración del contrato o con la frustración o fracaso por falta de coincidencias, evitando un apartamiento sin causa o razón

---

<sup>37</sup> CN civil, sala B, 24 de setiembre de 1986, ED 123-438.

<sup>38</sup> LÓPEZ DE ZAVALA (1975: 176).

<sup>39</sup> LÓPEZ DE ZAVALA (1975: 77).

<sup>40</sup> LÓPEZ DE ZAVALA (1975: 177).

suficiente, caprichoso o arbitrario; un dejar de lado las conversaciones en medio de las mismas, impensada o imprevisible, en un tiempo impropio, que la doctrina ha denominado intempestivamente<sup>41</sup>.

Por esta razón, la jurisprudencia ha dicho que la configuración de un supuesto de responsabilidad precontractual requiere que se hayan contrariado las obligaciones emergentes de la buena fe, entendida esta como el deber de las partes de respetar la palabra empeñada y de no defraudar la confianza suscitada por una manifestación de voluntad o conducta asumida durante la realización de las tratativas<sup>42</sup>.

En este orden de ideas, también se ha resuelto que la ruptura intempestiva e injustificada de las tratativas encaminadas a la celebración de un contrato de locación de obra —en el caso, la emplazada invitó a determinados estudios de arquitectura a presentar un anteproyecto, con imprecisión respecto al alcance del «premio» para el elegido, para luego desentenderse y atribuirle carácter de contribución voluntaria—, se encuadra dentro de la responsabilidad precontractual en tanto la demandante vio frustradas sus legítimas expectativas creadas en torno a la invitación formulada<sup>43</sup>.

Es que, como se ha puesto de relieve, no se pone en duda la facultad para rechazar una oferta; pero cuando se llega a la interrupción de la tratativas de modo injustificado, cuando estas han llegado lejos y han despertado en la contraparte una legítima expectativa que culminarían felizmente, puede incurrirse en responsabilidad<sup>44</sup>.

Distinto es el caso de interrupción de tratativas que en realidad nunca se tuvo intención de llevar a buen término, es decir, tratativas que fueron inicial y deliberadamente emprendidas de mala fe. Coincidimos con el profesor López de Zavalía<sup>45</sup> que aquí no cabe hablar de un derecho a retirarse de las tratativas ya que por hipótesis se supone que nunca hubo tratativas, pues el conjunto *ab-initio* estuvo viciado de dolo (artículo 931 Código Civil) y el dolo por sí solo genera responsabilidad al volver ilícita toda conducta. De la misma manera, si durante el desarrollo de las negociaciones una parte entiende que ya no contratará, está obligada a interrumpirlas, pues si las continúa, queda incurso en dolo.

---

<sup>41</sup> MOSSET ITURRASPE (2004: 86).

<sup>42</sup> C, Segunda Civil y Comercial, Paraná, 24 de setiembre de 1996, «Benmelej, Yontob c. Municipalidad de Paraná», LL Litoral, 1998-156.

<sup>43</sup> CN Civil, sala F, 02 de marzo de 2000, «Serra, Fernando H. y otro c. Piero S. A. I. y C.». LL 2000-E, 373 - DJ 2000-3, 267.

<sup>44</sup> CN Civil y Comercial. Federal, sala II, 02 de mayo de 1989, «Tecnología Electrónica S. A. c. Entel.», La Ley 1989-D-416.

<sup>45</sup> LÓPEZ DE ZAVALA (1975: 178).



En definitiva, existe responsabilidad precontractual por haberse creado o mantenido la confianza de la otra parte en la celebración del contrato, sabiendo que no se podía o no se quería celebrar.

De todos modos cabe aclarar que en materia de retractación de la oferta —regida por el artículo 1150 Código Civil— también actúa el principio de buena fe y la protección de la confianza, en este caso atemperando la libertad de acción del oferente para revocar la oferta. Así, el hecho que la oferta aun no aceptada no sea vinculante —en cuanto no crea el deber de mantenerse en ella— no significa que carezca de toda eficacia jurídica. La tiene, en la medida en que una retractación abusiva, caprichosa o desleal, aun cuando resulte válida y eficaz para dejar sin efecto la oferta, puede originar una responsabilidad por los daños que cause a quien confió en ella<sup>46</sup>.

También existe responsabilidad precontractual cuando uno de los contratantes brinda información inexacta.

Ello así pues el principio de la buena fe impone a las partes el deber de exponer con claridad el alcance de sus pretensiones y evitar reticencias indebidas<sup>47</sup>.

En efecto, en la actualidad se considera que en la etapa precontractual hay una obligación de información<sup>48</sup> que concierne a un deber de veracidad, y consiste en hacer saber a la otra parte ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión<sup>49</sup>.

Por lo tanto, genera también responsabilidad precontractual la frustración de las negociaciones en el caso que una de las partes proceda con ocultamiento o retaceo de información que, de actuarse de buena fe, no podría dejar de suministrar<sup>50</sup>.

## Interpretación del contrato

El artículo 1198 del Código Civil establece que los contratos deben interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrado con cuidado y previsión.

---

<sup>46</sup> MOSSET ITURRASPE (2004: 120).

<sup>47</sup> APARICIO (HAMMURABI, tomo 1: 367).

<sup>48</sup> Decimos en la actualidad, ya que como es sabido en el derecho del siglo XIX no era habitual reconocer un deber de información; por el contrario, afirmaba que el vendedor no estaba obligado a informar al comprador un cambio en el precio del mercado. La información se refería fundamentalmente a vicios de la cosa objeto de la prestación debida, y se vinculaba al instituto de los vicios redhibitorios; no se aludía a las otras obligaciones ni a otro tipo de información. Véase LORENZETTI (s/f: 319/320).

<sup>49</sup> ALTERINI (1988: 330).

<sup>50</sup> Sin embargo, ese deber de información tiene límites que fueron destacados por las Jornadas marplatenses de responsabilidad civil y seguros, y que estarían dados por «el secreto profesional», la «afectación del derecho a la intimidad» y «el secreto industrial».

Por su parte, el artículo 218, inciso 4 del codigote comercio establece que los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

La jurisprudencia ha hecho de este el medio principal de interpretación del contrato pues, se ha dicho que se trata de una interpretación «auténtica», efectuada por los mismos contratantes, y que es por tal motivo la verdaderamente fundamental para que el juez fije el alcance y contenido de las obligaciones que emanan del contrato<sup>51</sup>.

Es que se colige que si las dos partes se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad, la inteligencia y el sentido que le dieran los contratantes constituyen el dato más seguro para conocer el sentido y alcances de la voluntad declarada<sup>52</sup>.

Estos conceptos tienen una íntima conexión con la confianza legítima en que se funda la doctrina de los actos propios. Ello así por cuanto la interpretación que una de las partes hiciera del contrato en un sentido determinado y a través de actos externos que repercutieron en el desenvolvimiento de la relación le impide luego modificar esa interpretación y ejercer una pretensión incompatible con la primera.

En este sentido, en un fallo se resolvió rechazar la demanda por incumplimiento contractual que se funda en determinada interpretación de una cláusula

---

<sup>51</sup> CN Civil, sala D, 6 de febrero de 1973, ED, 49-331.

<sup>52</sup> Son abundantes las decisiones de los tribunales que destacan el valor interpretativo de la actuación posterior de las partes, habiéndose resuelto que: «En materia de interpretación de los contratos, el comportamiento de las partes anterior y posterior al acto, es la mejor explicación de la intención que se tuvo al tiempo de la celebración [conf. art. 218 del Código de Comercio], debiendo tenerse en cuenta que no existe una mejor forma de conocer esa interpretación». (CN comercial, sala A, 17 de noviembre de 2004, «Rodríguez, Rodolfo C. c. Bank Boston NA», DJ 2005, 828). «En casos en los que aparezcan aspectos ambiguos o incompletos en un contrato de concesión, es menester recurrir a la interpretación del acto que se cuestiona, dilucidando lo efectivamente querido por las partes y precisando el alcance de la voluntad en aquellos que dé lugar a imprecisión. Y para ello revisten importancia las circunstancias anteriores, simultáneas y posteriores que determinan el contexto en que se desarrolló la relación contractual» (CFed. Bahía Blanca, sala I, 15/04/1999, «Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios c. Ferropreso Cargas-Distribuidora Cuyo S. R. L.», La Ley, 1999D-564, DJ, 19993109). «Un dato interpretativo de los contratos de primer orden es el comportamiento de las partes, por cuanto es 'la mejor explicación' de su intención» (CN Civil y Com. Fed., sala I, 20/04/1999, «Y.P.F. S.A. c. Vergara 198 S.R.L.» LA LEY 1999-E-409 - DJ 1999-3, 461). «Los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato sirven de regla de interpretación del mismo, en virtud de lo establecido por el artículo 218 inciso 4, del Código de Comercio» (CN comercial, sala C, 30 de junio de 1998, «Energytel S.R.L. c. Canteras Cerro Negro S.A.», La Ley 1998-E-593 - DJ 1999-1, 741). «Conforme la norma del artículo 218, inciso 4 del Código de Comercio, la conducta coetánea a la celebración del contrato debe ser considerada en la interpretación del mismo». (CN comercio, sala E, 12 de junio de 1998, «Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos Ezrah c. La Estrella Cía. de seguros», LL 1999C-725 [41.445S] DJ, 19992640).

contractual, si con anterioridad el actor había realizado manifestaciones extra-judiciales otorgándole un alcance diverso a la cláusula en cuestión, invocándose para ello la aplicación del *venire contra proprium factum non valet*<sup>53</sup>.

Es que la buena fe es asimismo una pauta para la interpretación del contrato, ya que es ella la que ordena las conductas probas, leales, dignas y descarta todo procedimiento contrario y también es la que manda ajustarse a la apariencia, a lo que el otro contratante puede entender o creer para no defraudar la confianza suscitada<sup>54</sup>.

Coherentemente con ello es que se ha desarrollado y sintetizado la doctrina de los actos propios aplicable de una manera directa a toda la vida contractual, ya que la conducta asumida por cada uno de los contratantes ha de ser tomada en cuenta para una interpretación congruente entre las palabras dichas o expresadas y el real comportamiento que los sujetos han mantenido, mantienen y deben mantener en la relación que los une<sup>55</sup>.

Así, se entiende que quien asume contractualmente la obligación de pagar una suma de dinero mensual a otro sujeto a cambio de que este le dé la tenencia de un inmueble destinado a vivienda, y comienza a pagar, no puede luego afirmar que el contrato celebrado no fue de locación sino de comodato.

Es decir: el sujeto, por sus actos posteriores a la celebración del contrato, formuló una interpretación auténtica acerca de la naturaleza del mismo. Si dicha naturaleza resultaba luego discutida en juicio, por aplicación de la regla del 218 inciso 4 debería estarse al sentido que aquel le atribuyó. Del mismo modo que, por aplicación de la doctrina de los actos propios, el mismo sujeto no podría luego ejercer una pretensión procesal (acción o defensa) que desconociera o resultara contradictoria con aquellos actos interpretativos. Como se advierte, los dos caminos conducen a la misma solución, pero no hay que olvidar que el *venire contra proprium factum* tiene el carácter de una norma residual o supletoria, que actúa fundamentalmente en defecto de una disposición legal expresa que resuelva la cuestión.

En síntesis, en materia de interpretación del contrato, los actos posteriores de las partes que tienen directa relación con aquel, pueden ser utilizados tanto para desentrañar el alcance de una cláusula oscura como para incluso privarla de efectos, o bien para completar el contenido del mismo.

---

<sup>53</sup> CN Comercial, sala E, 15 de diciembre de 2004, «ST & Asociados S.R.L. c. Compañía Financiera Argentina S.A.», DJ 15 de junio de 2005.

<sup>54</sup> MOSSET ITURRASPE (2004: 390).

<sup>55</sup> GARRIDO CORDOBERA (2004: 347).

Así por ejemplo se ha dicho que «no puede negarse que los pagos posteriores a la celebración del contrato son los actos que mejor sirven para desentrañar la verdadera intención que las partes tenían en ese momento; y si alguna cláusula resulta oscura, como si, por ejemplo, se pacta la obligación de pagar varias cuotas en francos, sin especificar si son dólares estadounidenses o canadienses, la aceptación por parte del acreedor de una primera remesa en la divisa canadiense traerá aparejada —como correcta interpretación— que esa moneda —y no otra— era la convenida, y como consecuencia, no podrá luego exigirse el pago en otra especie»<sup>56</sup>.

En un caso se consideró que la resolución de un contrato de prestación de servicios médicos resultaba arbitraria, en cuanto se fundaba en el incumplimiento de una obligación que nunca había sido exigida y no obstante ello el contrato había sido varias veces renovado, y que tal conducta había suscitado en la contraparte la confianza de que dicha obligación, no esencial ni determinante para el desenvolvimiento normal del contrato, no iría a ser exigida en el futuro, lo cual justificaba que no hubiera adoptado los recaudos para su cumplimiento<sup>57</sup>.

## 5. APLICACIONES ESPECIALES

### Aplicación en el contrato de mandato

El artículo 1869 del Código Civil argentino dice que el mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza.

No obstante, en ciertos casos se admite que una persona pueda obligar a otra aun cuando obrare sin poderes suficientes, en el caso que actuara con la apariencia de poseerlos.

Es lo que se conoce como «mandato aparente» y que se configura cuando los pormenores que rodean la gestión del contratante tornan razonable suponer que obra en ejercicio de un mandato<sup>58</sup>.

En estos casos se entiende que si bien en principio cuando el mandatario obra fuera de los límites del mandato sus actos carecen de todo efecto respecto del mandante (artículo 1931), el mandante no obstante quedará obligado, si de

<sup>56</sup> LÓPEZ CABANA (1981, tomo III, comentario al artículo 725: 415-416).

<sup>57</sup> Primera instancia comercial, 6 de junio de 20, *in re* «Unidad de Hemodinamia y Terapéutica Cardiovascular S.R.L. c. Fundación Sanidad Naval», inédito.

<sup>58</sup> CN civil, sala H, 29 de junio de 1999, «Delegado, Sergio c. Olivari, José L», La Ley, 2000-C-672.

acuerdo a las circunstancias del caso, el tercero ha podido razonablemente creer que el mandatario obraba en el límite de sus poderes<sup>59</sup>.

Ello así pues, en el conflicto entre el interés de quien no dio poderes suficientes y el del tercero de buena fe que creyó por razones serias que había mandato, la ley se inclina frecuentemente por este, protegiendo de este modo la seguridad jurídica. La justicia de tal solución no es dudosa cuando la apariencia de mandato ha tenido como origen una culpa del dueño del negocio; pero a veces aun sin culpa se admite su responsabilidad.

Es que cuando por culpa del mandante se ha creado una apariencia de mandato, como ocurre cuando el mandato se ha redactado en términos ambiguos o equívocos que han podido inducir en error al tercero, o se ha permitido que el mandatario se extralimite reiteradamente en sus poderes, creando la impresión que son más extensos de lo que en verdad son, o se le ha permitido actuar de tal manera que induce razonablemente a pensar que lo hace en su representación, la aplicación de la doctrina de los propios actos resulta procedente<sup>60</sup>.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha resuelto que:

- a) «Si el acreedor no percibió en forma personal los pagos que reconoce haber recibido ni se opuso al obrar de quienes los percibieron debe primar la apariencia, pues para el deudor los receptores de los pagos aparecerían como tácitos representantes de aquel. Por ello, resulta disvalioso que el acreedor pretenda volver sobre sus propios actos, procurando debilitar los efectos de una situación que oportunamente aceptó»<sup>61</sup>.
- b) «Es plenamente válido el pago efectuado por el demandado a quien se encontraba tácitamente autorizado por el actor para celebrar negocios, pactar condiciones y aceptar pagos en su nombre y representación, ostentando públicamente anuncios que lo indicaban como su representante, y si el accionante limitara la actuación del mismo o advirtiese a los futuros compradores acerca de la carencia de atribuciones al respecto. En tales circunstancias, no puede cargarse al comprador la obligación de indagar si la persona con la que contrató poseía o no la facultad para percibir el precio»<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> BORDA (1990, tomo II: 540).

<sup>60</sup> C Civil y Comercial, Neuquen, sala 1, «Baudaracco, Neber Noemí c/ Guasti, Luz Marina», Prot. de Sent. 1995-IV-636/639.

<sup>61</sup> CN Civil, sala F, 7 de julio de 1997, «Hara, Natalio c. Barraura Sánchez, Aída T.», LL 1998-B-693.

<sup>62</sup> C Civil, Comercial, Laboral y de Paz Letrada de Curuzú Cuatiá, 25 de junio de 1999, «León Spaciuk e Hijos S.C.A. c. Galeano, José y/o», LL 2000-C-928.

- c) «Dado que el mandato se caracteriza porque a raíz de la actividad cumplida por el mandatario será en representación directa del mandante, y el acto es considerado como hecho por este (artículo 1974, Código Civil), para que el negocio elaborado por el mandatario no resulte vinculante para el mandante, es menester que quienes contratan con el apoderado con facultades suficientes, conozcan las precisas instrucciones que aquel impartió, pues de lo contrario se encuentran amparados por el beneficio de la apariencia que se confiere a quien de buena fe obró tomando todos los recaudos exigibles a tal fin» (artículos 1931, 1933 y 1934, Código Civil)<sup>63</sup>.
- d) «Si el mandato se otorga para buscar comprador de un inmueble, debe entenderse que también comprende la facultad de percibir la seña, porque si la autorización es para vender se considera comprensiva para convenir todos los detalles propios de la negociación, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del mandatario mediando exceso en sus poderes»<sup>64</sup>.
- e) «El mandato tácito deriva de la inacción o silencio del supuesto mandante que no impide, pudiendo hacerlo, la realización de un determinado acto en su nombre. Así, existe tal mandato a favor de la escribana interviniente en la constitución de la hipoteca para percibir el cobro del crédito, si el deudor acostumbraba a efectuarle los pagos a ella. Ese mandato tiene vigencia durante todo el plazo del gravamen»<sup>65</sup>.
- f) «La apariencia de un mandato puede surgir del hecho de que el eventual mandatario utilice para su gestión las oficinas del mandante, tenga acceso a sus documentos y utilice sus papeles, supuesto este que debe incluirse en los casos de apariencia de mandato creada por culpa del mandatario. Dado un conflicto entre el interés de quien no dio poderes suficientes para que otro obre en su nombre y, sin embargo, las circunstancias que rodean la gestión hacen razonable suponer la existencia de un mandato, y el interés del tercero de buena fe que creyó por razones serias que existía un mandato, la ley se inclina por este para proteger la seguridad jurídica. La seguridad constituye uno de los fines del derecho. Por ello el derecho no puede desconocer la vigencia de ciertas situaciones de hecho revestidas de una apariencia de solidez y rectitud, por cuanto su destrucción u

---

<sup>63</sup> CN Civil, sala I, 3 de diciembre de 1998, «Moldes, Osvaldo M. C. Bravo, Hilda R. y Otro», LL 2000-B-747.

<sup>64</sup> CN Civil, sala H, 29 de junio de 1999, «Delgado, Sergio c. Olivari, José L.», LL 2000-C-672.

<sup>65</sup> CN Civil, sala F, 07 de julio de 1997, «Hara, Natalio c. Larraura Sánchez, Aída T.», LL 1998-B-696 - DJ 1998-2, 553.

olvido solo acarrearían efectos nocivos en el desarrollo de las relaciones económicas y sociales»<sup>66</sup>.

### Aplicación en el contrato de sociedad

En el derecho societario, la doctrina de los actos propios ha sido aplicada para descalificar la actuación de quienes, como integrantes de una sociedad, han reclamado ciertos derechos que resultaban incompatibles con conductas anteriores del mismo sujeto<sup>67</sup>.

En ese orden de ideas, se ha resuelto por ejemplo que:

- a) Si los socios han aceptado sin cuestionamiento la liquidación de una sociedad anónima, con prescindencia de la confección del balance previsto por la ley de sociedades, luego no pueden renegar de esa vía elegida para la extinción de la sociedad<sup>68</sup>.
- b) La fecha de disolución no puede retrotraerse más allá de la oportunidad en que alguno de los socios exteriorizaron o hicieron saber a los demás su voluntad de disolver el ente social, ya que en dicha oportunidad los actores han evidenciado conformidad con la situación imperante en la sociedad y luego no pueden asumir una conducta contraria a dicho actuar<sup>69</sup>.
- c) Si la sociedad ha negado al actor el derecho a la percepción de un crédito causado en la calidad de socio justamente como consecuencia de haber cesado como socio en virtud del receso, no aparece pues como procedente que la misma sociedad invoque luego que ese receso ha nacido recién con la inscripción registral de la modificación del estatuto, pues ello contradice sus propios actos<sup>70</sup>.
- d) Corresponde denegar el ejercicio de los derechos de socio a quien los demandaba judicialmente, cuando este no había atacado de nulidad las decisiones del órgano de la sociedad que lo había excluido de la misma<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> CN Civil, sala H, 22 de noviembre de 1993, «Eisner, Isidoro y otro c. La Panamericana Cooperativa de Seguros Ltda», LL 1994-D, 320.

<sup>67</sup> NISSEN (1997, B: 1371).

<sup>68</sup> CN Comercial, sala A, 16 de diciembre de 1992, «Benavidez, Víctor M. c. Fibro S.A. y otros», Revista Impuestos 1993-A-1208, RLL. LIII-1627.

<sup>69</sup> CN Comercial, sala A, 30 de abril de 1985, «David de Iva, Ramona c. Iva Hnos., S.R.L.», LL 1985-D-477.

<sup>70</sup> CN Comercial, sala D, 27 de octubre de 1982, «Ruberto, Guillermo M. c. Bieckert, S.A.», LL 1983-D-588.

<sup>71</sup> CN Comercial, sala A, 20 de octubre de 1980, «Ferrari, José c. Teconopapel S.A.», ED 93-147.

- e) No es admisible la actuación del socio que, habiendo resuelto parcialmente el contrato social a su favor y percibiendo de la sociedad el valor de su participación social, pretende luego ejercer facultades inherentes a la calidad de socio que aquel ya no detentaba<sup>72</sup>.

### Aplicación en los contratos de distribución

Los contratos de distribución, agencia y concesión son catalogados como contratos de confianza<sup>73</sup> o *intuitu personae*<sup>74</sup>.

Y esta nota se traduce en todos los casos, cualquiera fuere su complejidad instrumental u operativa propia de la específica actividad comercial a la que se aplica, desde la simple concesión privada de un servicio de restaurante hasta la más variada y altamente compleja relación entre las empresas terminales de fábrica y sus concesionarios para la venta de automotores<sup>75</sup>.

Es que este tipo de contratos tiene justamente la particularidad de que la organización del negocio, por motivos obvios de uniformidad de producto y servicio, queda en manos siempre del productor o concedente, lo cual implica también otorgarle un considerable arbitrio discrecional a este último para modificar las pautas de comercialización. Los distribuidores, concesionarios y agentes, por su parte, suelen aceptar esas condiciones en función de la confianza que les inspira el fabricante o concedente, quien generalmente se trata de un empresario de gran envergadura y reconocida solvencia y prestigio.

Es decir que, en estos contratos, existe un elemento fiduciario, no impuesto sino consentido, que tiene en cuenta la necesidad de delegar facultades para el logro de la 'unidad de decisión', indispensable en el negocio en cuestión<sup>76</sup>.

Como contrapartida, el ejercicio de sus facultades discrecionales de disponer la política de ventas por parte del productor o concedente no son absolutas, sino

---

<sup>72</sup> CN Comercial, sala A, 09 de diciembre de 1985, «Cambio Zunino, Mario E. y otros c. Artigas Rodríguez Viojo», LL 1987-B-45.

<sup>73</sup> CSJN, 4 de agosto de 1988, «Automóviles Saavedra, S.A. c. Fiat Argentina, S. A.», LL 1989-B-4; cfr. BUSTAMANTE, Jorge, «Concesión de venta de automotores. El contrato y el principio de buena fe», LL 152- 251; «Concesión de venta de automotores 10 años después», La Ley, 1983-C-226; CAMBIASO, Juan E., «Contrato de concesión para la venta de automotores», LL 138 - 1136; MARTÍNEZ SEGOVIA P., «El concesionario de automotores», JA, 1966-V sección doctrina. p. 10.

<sup>74</sup> CIFUENTES, Santos, «Contrato de agencia a plazo renovado y ejercicio abusivo del derecho por la rescisión unilateral del productor. Indemnización de los daños. El daño moral», ED 181-261.

<sup>75</sup> GASTALDI, José M., «El contrato de concesión de buffet», ED 26-84.

<sup>76</sup> CN Comercial, sala E, 11 de junio de 1984, «Agrícola San Juan SRL v. Massey Ferguson Argentina S.A.». RLL LLIV-475.



que siempre estarán limitadas por los límites impuestos por la buena fe y la confianza depositada en él por el distribuidor, agente o concesionario<sup>77</sup>.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha aplicado la doctrina de los actos propios a un contrato de concesión automotriz resolviendo que «si frente a las abultadas deudas que el demandado tenía con el actor, este no accionó judicialmente ni optó por rescindir el contrato, sino que aceptó el plan de refinanciación propuesto por este, las consecuencias de dicha actitud no pueden ser trasladadas a su opositora, pues el ámbito del derecho no puede ser amparo de un accionar que contravenga los actos propios del interesado»<sup>78</sup>.

### Aplicación en los contratos de consumo

La noción de confianza suscitada tiene también aplicación en el ámbito de los derechos de consumo.

En este aspecto, el artículo 8 de la ley 24.240 de defensa del consumidor establece que «las precisiones en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor [...]».

El legislador ha entendido que la publicidad se presenta como un aspecto básico de las «tratativas precontractuales» dirigidas a los «consumidores potenciales», y por lo tanto limitan el contenido negocial. Es un «anticipo negocial» del cual el oferente no debe apartarse, al menos sin una justificación suficiente<sup>79</sup>.

De manera que el oferente queda obligado por las cualidades o características del producto anunciadas en la publicidad, aún cuando ello no integre el contrato definitivo<sup>80</sup>.

En este orden de ideas, se resolvió que en virtud del principio de buena fe negocial —artículo 1198, Código Civil—, la empresa de telefonía móvil que para limitar los términos de una promoción pretendió condicionar una cantidad de créditos «de regalo» a la recarga que debía efectuar el cliente, debía haber dado a conocer claramente a los destinatarios de la oferta tal limitación, sin posibilidad de confusión, error o engaño de ningún tipo<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. BUSTAMANTE, Jorge, «Concesión de venta de automotores. El contrato y el principio de buena fe».

<sup>78</sup> CN Comercial, sala C, 24 de agosto de 1998, «Tolón Automotores S.A. c. Citroën Argentina S.A.», LL 1999-A-485, (41.172S).

<sup>79</sup> MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI (1993: 96).

<sup>80</sup> CN Comercial, sala C, 18 de febrero de 2003, «C.G., L.M. c/ Saint Denis Sociedad de Responsabilidad Limitada y otro s/ Sumario», eldial.com, AA15D1.

<sup>81</sup> Juzgado de faltas número 2, 7 de julio de 2005, «Telefónica Unifón (TCP S.A.)», DJ 2005, 567.

## Aplicación de la doctrina de los actos propios a otros contratos

La casuística de la aplicación de la doctrina de los propios actos es sumamente abundante, a título de ejemplo podemos señalar que se ha aplicado:

- a) A un convenio de honorarios, resolviéndose que «es contraria a la doctrina de los actos propios la pretensión de cobrar honorarios por la labor desarrollada en una causa, si el peticionante brindaba asesoramiento jurídico con carácter habitual a su ex mandante, en el marco de una relación laboral, a cambio de una retribución mensual, no habiéndose alegado ni probado la celebración de un convenio que le permitiera cobrar emolumentos por su actuación en esa causa, dado que tal pretensión importa revertir una situación jurídica en la que se colocó por propia voluntad mediante una conducta previa, vinculante, eficaz y válida»<sup>82</sup>.
- b) Al contrato de trabajo, considerándose que «si una de las codemandadas niega la calidad de viajante de comercio denunciado por el actor y aduce que era ‘jefe de ventas’ efectuando un control in situ de las ventas y distribución de sus productos, mientras la restante codemandada negó directamente la relación laboral, la invocación de ‘concurrentia comercial’ del actor, por parte de aquel la violenta el principio de congruencia y deviene aplicable la teoría de los actos propios»<sup>83</sup>. Y que «la prestación de servicios por parte de un trabajador para una sociedad del Estado configura contrato de trabajo y no locación de servicios en los términos del decreto 92/95, si es la propia demandada quien sitúa la relación dentro de las normas de la ley de contrato de trabajo, obligándolo a suscribir sucesivos contratos, toda vez que en virtud de la doctrina de los actos propios no es posible admitir que alguien asuma pautas que susciten ciertas expectativas y luego se contradiga ante los reclamos judiciales»<sup>84</sup>.
- c) En el contrato de locación de bienes muebles, en cuyo marco se ha decidido que «resulta aplicable la doctrina de los actos propios, que se abastece en el principio de buena fe y la seguridad jurídica en el tráfico negocial, respecto de la negativa generalizada de la demandada durante el proceso, en cuanto a la recepción de los contenedores alquilados, si la

---

<sup>82</sup> TS Córdoba, sala Contencioso Administrativa, 31 de octubre de 2000, «Saire, Paulino J. y otros c. E.P.O.S. s/recurso de casación s/reg. de honorarios: P, J. A.», LL Córdoba 2001-533.

<sup>83</sup> CN Trabajo, sala IX, 20 de mayo de 1998, «Kacnelson, Raúl F. c. Bimeda S. A. y otro», DT 1999- A-694.

<sup>84</sup> CN Trabajo, sala X, 16 de abril de 2004, «Grieco, Paula A. c. I.N.D.E.R. Instituto Nacional de Reaseguros en liquidación», DT 2004-1232.

mayoría de las facturas de las mismas se encontraban registradas por la accionada»<sup>85</sup>.

- d) A un contrato de locación de obra intelectual, respecto del cual se resolvió «rechazar la demanda incoada por los integrantes de un grupo musical a fin de que se le ordene a una empresa productora cesar en la explotación de fonogramas cedidos por el productor fonográfico original con posterioridad a la resolución del contrato celebrado con este, toda vez que los actores no plantearon la devolución de los fonogramas durante el proceso de resolución contractual y aceptaron sin reservas las regalías autorales percibidas, resultando aplicable al caso la doctrina de los actos propios»<sup>86</sup>.
- e) A un contrato de locación de obra civil: «el carácter de orden público que reviste la legislación arancelaria para profesionales de la arquitectura, no autoriza a pretender su aplicación si al momento de celebrarse el respectivo convenio de honorarios el profesional se apartó de lo prescripto por dicha normativa, beneficiándose con ello, pues el desconocimiento de lo estipulado atentaría contra la buena fe contractual —artículos 1197 y 1198, Código Civil— y la teoría de los actos propios, en cuanto prohíbe invocar un hecho o un derecho si resulta beneficioso para el reclamante y desconocerlo si le es perjudicial»<sup>87</sup>.
- f) A un contrato de locación de servicios: «corresponde hacer lugar al reclamo tendente al pago de remuneraciones adeudadas que promovió el actor por las prestaciones de servicios que realizó en favor de la municipalidad demandada, pues la circunstancia de que esta, frente a la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato de locación de servicios que existía entre las partes, haya consentido su continuidad y lo haya renovado por un nuevo período le impide denunciar el incumplimiento del deber básico encomendado al actor una vez concluido el vínculo contractual, en virtud del principio que impide venir contra los actos propios»<sup>88</sup>.
- g) A un contrato de concesión: «el contratista estatal carece de derecho a reclamar la indemnización por tareas impagas derivadas de un contrato

---

<sup>85</sup> CN Civil y Comercial Federal, sala II, 30 de noviembre de 2004, «Sea Containers Ltda. c. Empresa Líneas Marítimas Argentinas S.A. y otros», LL 2005-B-4.

<sup>86</sup> CN Comercial, sala A, 20 de agosto de 2004, «Giugno, Luciano J. y otros c. Polygram Disco S.A.», RLL XLV-2008.

<sup>87</sup> CN Civil, sala K, 15 de julio de 2003, «S., D. y otro c. Amaro, Fortunato y otros», LL 2003-E-231.

<sup>88</sup> CJ Salta, 09 de junio de 2003, «López, Ramón H. c. Municipalidad de Embarcación», DJ 2004-1, 753, LLNOA 2004-775.

declarado nulo de nulidad absoluta, si el mismo conocía el vicio grave que lo afectaba, por aplicación del principio de buena fe y la doctrina de los actos propios»<sup>89</sup>.

- h) A un contrato de tarjeta de crédito: «es improcedente la observación de la cláusula contenida en un contrato de tarjeta de crédito que omite indicar la tasa de interés compensatorio aplicable para el caso de mora, en el juicio de cobro de saldo deudor, toda vez que el usuario debió ejercer sus derechos con anterioridad al inicio del juicio, en atención a la doctrina de los actos propios y al principio de la buena fe»<sup>90</sup>.
- i) A un mutuo hipotecario: «si el acreedor no percibió en forma personal los pagos que reconoce haber recibido ni se opuso al obrar de quienes los percibieron, debe primar la apariencia, pues para el deudor los receptores de los pagos aparecían como tácitos representantes de aquel. Por ello, resulta disvalioso que el acreedor pretenda volver sobre sus propios actos, procurando debilitar los efectos de una situación que oportunamente aceptó»<sup>91</sup>.
- j) A un contrato administrativo: «dado que al contrato administrativo se le aplican los principios de derecho civil que corresponden a los contratos en general, resulta invocable la doctrina de los actos propios, exigiéndose en las partes un comportamiento coherente debiendo desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y eficaz, y en dicha situación se encuentra la municipalidad demandada que pretende ignorar la cesión de la concesión, aceptada durante varios años por la misma»<sup>92</sup>.

## 6. REMEDIOS FRENTE AL ACTO QUE INFRINGE LA LEGÍTIMA CONFIANZA

La sanción que el ordenamiento procesal depara a la actuación contraria al acto propio anterior que ha suscitado en otro la confianza o expectativa de comportamiento futuro, es la inadmisibilidad de la pretensión procesal o sustancial fundada en ese acto contradictorio, es decir, cuando el *venire contra factum* se pretende hacer valer judicialmente.

<sup>89</sup> C Contrato Administrativo y Tributario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 06 de setiembre de 2002, «Linser S.A. c. G.C.B.A.», LL 2002-A-383.

<sup>90</sup> CN Comercial, sala A, 21 de febrero de 2003, «HSBC Bank Argentina S.A. c. Santamarina, Hernán G.», DJ 2003-127.

<sup>91</sup> CN Civil, sala F, 07 de julio de 1997, «Hara, Natalio c. Larraura Sánchez, Aída T.», LL 1998-B-696 - DJ 1998-2, 553.

<sup>92</sup> C Civil y Comercial Azul, sala I, 09 de marzo de 1998, «Rancaño, Jorge A. c. Municipalidad de Azul», LLBA 1999-329.

Esto significa que cualquier pretensión ajustada a derecho puede ser exigida al sujeto pasivo de la relación jurídica, e incluso el sujeto activo podrá obtener una resolución judicial que así lo acuerde. Pero si esa pretensión, aunque esté ajustada a derecho, es contradictoria de actos anteriores, resulta inadmisibile, y el sujeto pasivo podrá negarse a cumplir con el reclamo y podrá obtener una resolución judicial que desestime esa pretensión<sup>93</sup>.

Por otra parte, cabe agregar que la doctrina de los actos propios goza de amplia aplicación en el ámbito procesal, pudiéndose echar mano de ella al interponer la demanda, al reconvenir, al contestar la reconvencción, al alegar, al expresar agravios, al responder a estos e incluso puede ser aplicada de oficio por el juez<sup>94</sup>.

Por lo tanto, no es necesario que la contradicción entre las conductas surja en el marco de un pleito en sí mismo, sino que tanto la conducta vinculante como la pretensión contradictoria pueden acaecer en las propias actuaciones judiciales o antes de ellas.

La inadmisibilidad procesal de la pretensión basada en la conducta contradictoria importa conferirle plena virtualidad a la conducta vinculante, de modo que dependerá de la naturaleza de esta última cuales serán los efectos jurídicos que, en cada caso, se deriven de la aplicación de esta doctrina.

Así, su aplicación puede dar lugar a: (i) que se tenga por consentido y firme un determinado acto o situación jurídica; (ii) que se integre de determinada manera un contrato; (iii) que se precise la extensión de una obligación o derecho que parecía estar indeterminado; (iv) que se considere suprimida cierta cláusula contractual, (v) que se considere adquirido un derecho o extinguida una obligación.

También puede dar lugar a un resarcimiento de daños y perjuicios en el caso que el actuar contradictorio hubiera causado un daño que no pueda resultar totalmente satisfecho a través del hecho de conferirle virtualidad a la conducta vinculante.

Así por ejemplo, si una conducta se juzgó contraria a la regla del *venire contra factum* y sobre la base de ello se reputó arbitraria la resolución de un contrato, y dicha relación contractual ya no puede recomponerse o proseguirse, el autor de la conducta contradictoria deberá además satisfacer al perjudicado por los daños y perjuicios causados.

Ello así por cuanto el ordenamiento jurídico privilegia la satisfacción directa de la prestación debida, ya sea a través de: (i) el cumplimiento forzoso en especie o en forma específica; o bien (ii) el cumplimiento forzoso por tercero a costa del deudor (artículo 505, Código Civil).

---

<sup>93</sup> BORDA (1990: 134).

<sup>94</sup> ALTERINI y LÓPEZ CABANA (1984, A: 878).

Y solo en subsidio de estos, o bien cuando ya no resultaren de interés para el acreedor, el derecho le acuerda un medio de satisfacción indirecto que es la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos<sup>95</sup>.

Ahora bien, la medida de la reparación depende en gran medida de la situación o relación jurídica en que se hubiera producido el actuar contrario a derecho.

Así, si dicho actuar se produjo durante la ejecución del contrato, la reparación alcanza a lo que se conoce como el daño al interés positivo (o interés de cumplimiento) que se vincula con la reposición de las cosas a su estado anterior, es decir, comprende lo que es necesario para reponer al damnificado a una situación tan próxima como sea posible a aquella en la que habría estado si el hecho dañoso no se hubiera producido.

En cambio, si el actuar contrario a derecho se produce antes de la celebración del contrato, es decir, durante las tratativas previas, la medida de la reparación alcanza únicamente a la reparación del daño al interés negativo<sup>96</sup> que solo abarca: (i) los gastos realizados con causa en el contrato frustrado; y (ii) en su caso, el daño emergente o el lucro cesante derivados del impedimento para celebrar otro negocio sustitutivo, por haber estado pendiente de esas tratativas<sup>97</sup>.

En definitiva, el daño al interés positivo involucra aquello con lo que contaba el acreedor para el caso de que el deudor cumpliera; el daño al interés negativo, en cambio, solo abarca el daño que el acreedor no habría sufrido si la obligación se hubiese constituido.

## BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI Atilio A.

1998 *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ALTERINI, Atilio y Roberto LOPEZ CABANA

1984 «La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino». *LL* 1984A.

APARICIO, Juan Manuel

1997 *Contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

BIANCHI, Enrique Tomás y Héctor Pedro IRIBARNE

s/f «El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum non valet». *ED* 106.

---

<sup>95</sup> MORELLO (2003).

<sup>96</sup> V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1992.

<sup>97</sup> ALTERINI (1998: 348).

BORDA, Guillermo A.

1987 *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

1990 *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Tomo II, sexta edición. Buenos Aires: Perrot.

1991 «Un fallo con decisiones importantes y acertadas sobre la teoría de los actos propios». *LL* 1991B.

COLERIO, Juan Pedro

2005 «Dos resoluciones contradictorias de la Corte Suprema dictadas en el mismo expediente». *LL* D1.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén Héctor

1985 «La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad». *LL* TA.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis

1963 *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch.

EISNER, Isidoro

1987 «La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del Tribunal (venire contra factum proprium non valet)». *LL* C.

GARAY, Alberto F.

1991 «La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes». *JA*, II.

GARRIDO CORDOBERA, Lía María Rosa

2004 «La buena fe como pauta de interpretación de los contratos». En *Tratado de la buena fe en el derecho*.

GÓMEZ, Claudio D.

2005 «Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios a la voluntad colectiva viciada de los ahorristas que recuperaron pesos». *LL* Córdoba, agosto.

LOPEZ CABANA, Roberto M.

1981 En BELLUSCIO, Augusto (director), ZANNONI, Eduardo (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias*, comentado, anotado y concordado, tomo III. Buenos Aires: Astrea.

LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.

1975 *Teoría de los Contratos*, Parte General. Buenos Aires: Zavalía.

MAIRAL, Héctor

1994 *La doctrina de los actos propios y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma.

MORELLO, Augusto M.

2003 *Indemnización del Daño Contractual*. Tercera edición. Buenos Aires: Lexis Nexis.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y Ricardo Luis LORENZETTI

1993 *Defensa del Consumidor Ley 24.440*. Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

MOSSET ITURRASPE, Jorge

2004 *Código Civil Comentado, Contratos Parte General*. EN MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel (directores), Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

NISSEN, Ricardo A.

1997 «El ejercicio de los derechos de socio y la aplicación de la doctrina de los propios actos». *LL*, B.

PIAGGI, Ana Inés

2004 «Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios». En *Tratado de la buena fe en el derecho*, dirigido por Marcos M. Córdoba, Buenos Aires: La Ley.

PUIG BRUTAU, José

1951 *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch.

RODRIGUEZ BERRUTI, Camilo Hugo

1986 «Estoppel: Adverar el obrar internacional del Estado». *LL*, E.



## EL CUERPO Y LO POST-HUMANO

*Stefano Rodota\**

1. El cuerpo —es decir, el lugar por definición de lo humano— lo vemos hoy como el objeto donde se manifiesta y se cumple una transición que parece querer desposeer al hombre de su territorio, o más bien de su corporeidad, haciéndolo «apoyarse» sobre lo virtual<sup>1</sup> o modificando sus caracteres en formas que desde hace ya un tiempo permiten hablar de lo transhumano o de lo post-humano. ¿Una nueva —y extrema— versión del «hombre máquina»<sup>2</sup>, de antiguas utopías, esperanzas y angustias?

Si recorremos los miles de senderos de internet, encontramos definiciones de lo transhumano: «el movimiento intelectual y cultural que afirma la posibilidad y la conveniencia de mejorar sustancialmente la condición humana a través de la razón aplicada, usando especialmente la tecnología para eliminar el envejecimiento y mejorar la más alta capacidad intelectual, física y psicológica». También encontramos entusiastas sinopsis que ofrecen comparaciones entre el cuerpo del siglo XX y el del siglo XXI. Este no solo se liberará del envejecimiento y de los límites impuestos por la actual estructura, sino también de la «corrosión inducida por la irritabilidad, la envidia y la depresión», proyectándose hacia un «optimismo turbocargado». Conviene ahora ampliar el área de las referencias y de la reflexión y recordar, al menos, que Bacon, en el año 1627, escribió en la *Nueva Atlántida* sobre «la prolongación de la vida, el retraso de la vejez, la curación de las enfermedades consideradas incurables, el alivio del dolor, la transformación del carácter, de la estatura y de las características físicas, la metamorfosis de un cuerpo

---

\* Abogado graduado en la Universidad La Sapienza di Roma. Doctor Honoris Causa en la Universidad Michel de Montaigne, Bordeaux. Profesor Visitante en Stanford School of Law. Profesor de la Facultad de Derecho, París 1 Panthéon-Sorbonne.

<sup>1</sup> KROCKER y WEINSTEIN (1995: XI).

<sup>2</sup> Muestra de la renovada atención a este tema es el trabajo de A. PUNZI (2003).

en otro, la fabricación de una nueva especie, la creación de nuevos alimentos»<sup>3</sup>. ¿Podemos decir que toda la perspectiva ya está delineada y que, con ello, todos los problemas se resuelven?<sup>4</sup>

Se destaca de inmediato la cuestión del alcance y del destino de ciertos derechos fundamentales —quizá no históricamente identificados como derechos «del hombre» o derechos «humanos»— que encontrarían su fundamento en la naturaleza humana. El primero de ellos es el de la «integridad física y psíquica» del cual, muy recientemente y de manera particularmente intensa, habla el artículo tercero de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. ¿La transición a una condición post-humana o trans-humana gradualmente hará que estos derechos pierdan progresivamente su notoriedad?

Abordando la cuestión de la integridad, la Carta europea identifica cuatro principios de referencia, que reflejan directrices ampliamente difundidas: permiso del interesado, prohibición de que el cuerpo sea objeto de comercio, prohibición de la eugenesia de masas, prohibición de la clonación reproductiva. Según estas indicaciones, por lo tanto, el ser humano sería incompatible con la serialidad, irreductible a la lógica del mercado y, sobre todo, exigiría plena autonomía en las decisiones de parte de cualquier interesado. Esta es una conclusión similar a la que llegan incluso estudiosos que miran con confianza a las casi ilimitadas oportunidades que ofrece la ciencia y la tecnología, destacando, sin embargo, que la aceptación social del transhumanismo, en un entorno democrático, depende de la capacidad para garantizar la seguridad de la tecnología, su accesibilidad a todos en condiciones de igualdad, el respeto al derecho de toda persona a regir libremente su propio cuerpo<sup>5</sup>. Más aún, esta perspectiva fue ya señalada por el académico a quien se atribuye la introducción del término «transhumanismo», Julian Huxley, quien en 1927 escribió que «tal vez el transhumanismo permitirá al hombre seguir siendo hombre, pero trascendiéndose a sí mismo y, por tanto, abriendo nuevas posibilidades para su propia naturaleza humana»<sup>6</sup>.

Esta perspectiva es totalmente invertida por quienes ven en las transformaciones del cuerpo un crimen contra la humanidad cuando se producen en forma

---

<sup>3</sup> Sobre este punto véase HOTTOIS en HERVE y ROSENBERG (2006: 69). La *Nueva Atlántida* constituye un relato utópico de Francis Bacon en el que trata de un viaje que —curiosamente— se inicia en el Perú, según Fernando DE TRAZEGNIES (Nota del traductor).

<sup>4</sup> Para ver una sintética historia del problema, BOSTROM (2005). A Bostrom se le debe la primera definición citada.

<sup>5</sup> HUGHES (2004).

<sup>6</sup> HUXLEY (1927). No se necesita recordar que Julian era hermano de Aldous, quien publicó cinco años más tarde la distopía titulada *Brave New World* (en castellano *Un mundo feliz*).

de clonación o de modificación genética transmisible<sup>7</sup>. Un planteamiento así de enfático puede distorsionar el análisis, desde el momento en que transfiere la cuestión al problemático terreno de los crímenes de lesa humanidad, haciendo así más difícil la discusión en torno de los indispensables límites que deben existir con las intervenciones en el cuerpo. Colocando en el mismo plano la clonación reproductiva y la modificación transmisible del genoma, se convierte en una cuestión ideológica un tema que, por el contrario, requeriría más bien especial atención y distinción desde la perspectiva del derecho fundamental a la salud.

2. La debilidad de las proclamaciones apresuradas se revela por el debate institucional en torno a los derechos relativos al patrimonio genético, lo que puede considerarse como un caso especialmente adecuado para aclarar algunos de los problemas antes mencionados. El temor de las acciones inadecuadas sobre el genoma es la razón por la que se habla de un «derecho a heredar los rasgos genéticos que no han sufrido ninguna manipulación» como un derecho fundamental de la persona desde 1982, cuando el Consejo de Europa aprobó la Recomendación 934. Y la misma preocupación está en el origen de la fórmula contenida en el artículo 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos del hombre de la UNESCO, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1997: el genoma humano, «en un sentido simbólico, es un Patrimonio de la Humanidad».

El carácter absoluto de estas declaraciones ha sido atenuado desde el principio por la recomendación del Consejo de Europa, en la que se precisa que «el reconocimiento explícito» del derecho a no manipular el patrimonio genético «no debe oponerse al perfeccionamiento de las aplicaciones terapéuticas de la ingeniería genética (terapia de los genes), colmada de promesas para el tratamiento y la eliminación de algunas enfermedades transmitidas por vía genética». Por lo tanto, se delinea así un derecho de recurrir a las técnicas que evitan la transmisión a los hijos de enfermedades hereditarias; lo cual se encuentra reconocido explícitamente en el artículo 3 de la que es ciertamente la ley más severa sobre la materia, la ley alemana *Embryonenschutzgesetz* de 1990, donde se reconoce la legalidad de la selección de los espermatozoides cuando sea posible para evitar precisamente la aparición de una enfermedad ligada al sexo del feto, limitándose a los casos de distrofia muscular u otras enfermedades genéticas reconocidas como «enfermedades graves por la autoridad competente designada por la legislación de los Estados federados». Otra confirmación posterior viene de Francia, donde se reconoció explícitamente la legitimidad del diagnóstico de preimplantación, cuya función, entre otras cosas,

---

<sup>7</sup> ANNAS, ANDREWS, ISASI (2002). En lo que se refiere a la clonación, DELMAS-MARTY (1999).

es precisamente facilitar la investigación para prevenir la transmisión de enfermedades genéticas. A partir de esta premisa, en otros países, como Gran Bretaña, se ha aceptado que se pueda elegir el sexo de un feto, a raíz de una lógica que también tiene la función de tranquilizar a los futuros padres, eliminando ansiedades acerca de las deformidades del feto que a menudo llevan a interrumpir el embarazo.

La cuestión en este momento, legítimamente, es la pregunta que se refiere a la posibilidad de deducir un derecho a nacer sano de la disponibilidad de técnicas para la detección precoz de los riesgos de transmisión de enfermedades genéticas a través de la atención prenatal y el diagnóstico de preimplantación. ¿La «manipulación positiva» como un derecho del niño por nacer? ¿Existe una obligación de los padres a que hagan todas las investigaciones posibles? ¿O es que este tipo de conflictos debe ser resuelto por las normas establecidas, atribuyendo una importancia decisiva al hecho del nacimiento y excluyendo, por tanto, un derecho que pudiera ser ejercitado por los niños nacidos con malformaciones contra sus padres?

Más compleja es la reflexión que se ha abierto respecto de la Declaración sobre el genoma. El recurso a una fórmula como la de «patrimonio de la humanidad», aunque moderada por la anotación sobre su contenido simbólico, no puede interpretarse como la afirmación de algún tipo de derecho atribuido a algún sujeto colectivo, distinto de las personas interesadas, a disponer del genoma. No es la primera vez que se habla del «patrimonio de la humanidad» o —con una mayor especificación, aunque no decisiva— del «patrimonio común de la humanidad». Y, con esa expresión, se quiere excluir que los bienes que forman ese patrimonio puedan ser objeto de apropiación<sup>8</sup>. Transportada dentro del contexto que aquí se considera, la referencia al «patrimonio» se utiliza para excluir la legitimidad de las intervenciones oficiales de cualquier género sobre el genoma humano que, de esta manera, termina asumiendo un valor fundacional de la persona, con una explícita asociación entre «genoma» y «humanidad» que, sin embargo, abre el problema adicional de determinar quién es el sujeto legitimado para hablar en nombre precisamente de la humanidad.

Este punto puede ser mejor aclarado volviendo a las indicaciones de la Recomendación 934 del Consejo de Europa, que afirmó la legalidad de las acciones para prevenir la transmisión de las enfermedades genéticas, aceptando así una lectura de la norma en su justa clave cuando se refiere al derecho a heredar características genéticas no manipuladas. Una vez más nos encontramos ante una fórmula que pretende poner el sujeto al abrigo de la eugénica de masas y de la

---

<sup>8</sup> Véase, como ejemplo, el *Trattato sullo spazio extra-atmosferico* (1967), el *Trattato sul regime della luna e degli altri corpi celesti* (1979), la *Convención sobre el Derecho del Mar* (1982), la *Convención sobre la Biodiversidad* (1992). Para un cuadro de conjunto, KISS (1982).

total instrumentalización de la persona que esta conlleva. Dentro de esta línea, se ha colocado el artículo 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prevé «la prohibición de la práctica eugenética, en particular de aquellos eventos que tienen como objetivo la selección de las personas», con una referencia muy transparente a cualquier forma de eugenesia política; esto significa, por tanto, que también están prohibidos los actos que, llevados a cabo por medios distintos de las intervenciones genéticas en el sentido estricto, se caracterizan siempre por ser formas de programación racista<sup>9</sup>.

Respecto de este punto, se manifiesta expresamente el difícil problema de los límites dentro de los cuales puede más bien admitirse la eugenética individual. Parece que un criterio interpretativo relevante puede extraerse de la referencia al concepto de «enfermedad» contenido en la Recomendación 934. Pero también, por un lado, el concepto es exquisitamente cultural y, por tanto, no solo es variable sino también está referido a valorizaciones históricamente determinadas e incluso a percepciones subjetivas. El uso de ese concepto, por otra parte, puede dar lugar a efectos inesperados, que deben ser cuidadosamente evaluados.

El artículo 3 del *Embryonenschutzgesetz*, que ya he mencionado, individualiza taxativamente (ya sea en forma directa o *por relationem*) la enfermedad genética que hace que sea admisible la selección de sexo del *nasciturus*. Esta técnica está diseñada para limitar estrictamente las circunstancias en que puede ejercerse legítimamente el derecho de elección, imponiendo que se confíen todos los otros casos al juego del azar y a la lógica de la naturaleza, para evitar utilidades reñadas socialmente o éticamente inaceptables. Esta parecía la vía maestra a seguir, al punto de que en 1988 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética (doc. A 2-327/88) en la que declaraba esperar que «la elaboración de un catálogo claro y ordenado jurídicamente de las enfermedades hereditarias en las que se pueda eventualmente utilizar este tipo de terapia; un catálogo que será revisado periódicamente, de conformidad con los progresos de la ciencia médica». También aboga por «una revisión de los conceptos de enfermedad y de enfermedad hereditaria para evitar el riesgo de que simples desviaciones de la normalidad genética pudieran ser definidas a nivel médico como una enfermedades o taras hereditarias».

---

<sup>9</sup> En una nota explicativa al texto del artículo 3 (documento *Charte 4473/00 Convent 49*) y subraya precisamente que «las referencias a las prácticas eugenéticas, particularmente aquellas que tienen como objetivo la selección de las personas, aplica la hipótesis sobre la cual se han organizado y ejecutado programas de selección que incluyen, por ejemplo, campañas de esterilización, preñez forzada, matrimonios étnicos obligatorios, etc., actos considerados todos como crímenes internacionales por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 (cfr. artículo 7, párrafo 1, letra g)».

Sin embargo, la técnica de la enumeración taxativa aparece hoy sustancialmente abandonada, de modo que, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad de la relación con la aplicación de la biología y la medicina (Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina) se limita a afirmar que «la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación no es permitida para la elección del *nasciturus*, excepto con el fin de evitar una grave enfermedad hereditaria ligada al sexo» (artículo 14). Esta técnica, de hecho, puede producir un efecto que va en el sentido exactamente opuesto a los que habían justificado su adopción. De hecho, la inclusión de una enfermedad en una lista que identifica a aquello para los que es legítimo el uso de la ingeniería genética, produce un doble efecto: una legitimación/prohibición y el otro de estigmatización. De la lista, de hecho, se deduce bastante más que la evaluación de la licitud de las intervenciones para enfermedades específicas y, por tanto, de la ilicitud de todos los otros casos. La lista de enfermedades, preparada con la idea de evitar intervenciones puramente eugenésicas, podría ser percibida por la colectividad como la identificación de casos en los que se considera socialmente necesario (o, al menos, oportuno) intervenir, transformándose así en un incentivo para recurrir a la genética en los casos admitidos para eliminar no tanto un factor de riesgo, sino más bien un factor que puede producir el estigma social. Las listas pueden así adquirir un valor esencialmente prescriptivo, la identificación de un modelo genético de la normalidad y la inversión de su función original, que debe ser precisamente para rechazar cualquier tentación en ese sentido. Transformada en modelo cultural, la lista, en los casos en que no se recurriese a la intervención, podría fundar, consciente o inconscientemente, una discriminación o un estigma social para el portador de esas enfermedades<sup>10</sup>.

Abandonada la técnica de la lista, no quedan resueltas las cuestiones que se quería abordar. Las oportunidades que ofrece la ingeniería genética deben abordarse dentro de un marco en el que la salud se define, de acuerdo con los criterios de la Organización Mundial de la Salud, como «estado de completo bienestar físico, mental y social». Esta definición se repite en el artículo 3.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, donde se habla de «la integridad física y mental», incluso como un derecho fundamental de la persona. ¿Cómo se debe afrontar, entonces, el tema de la eugénica individual en el contexto descrito por estas definiciones y estos principios?<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> RODOTA (1993).

<sup>11</sup> Entre la amplia literatura al respecto, véase HEYD (1992), CHADWICK (1992), KEVLES y HOOD (1992), DYSON y HARRIS (1994). Y, respecto de las posiciones extremas, HARRIS (1993), STOCK (2004). Sobre el tema hay también algunas consideraciones mías en mi trabajo sobre *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 2006.

Para responder a esta pregunta, se puede recordar un caso concreto que se produjo hace algún tiempo, cuando la atención a estos problemas era mucho menos aguda que hoy, y por eso permaneció en gran medida en la sombra. Una mujer negra en Italia decidió recurrir a la inseminación artificial con gametos de una donante, aunque ella no era estéril. Los óvulos donados por una mujer blanca fueron fertilizados con el semen de la pareja de la mujer negra, y luego implantados en el útero de esta última, que llevó adelante todo el embarazo. La explicación de esta elección tiene matices dramáticos. La madre decidió renunciar a su vínculo biológico con el niño para asegurar una mayor aceptación social en una sociedad de blancos.

El hecho de llamar la atención sobre los patrones culturales no es ajeno al análisis jurídico. Verdaderamente, las consideraciones de esta mujer permiten mostrar la inadecuación de la distinción entre eugénica de masa y eugénica individual cuando se plantea la cuestión del si y del cómo trazar una línea entre la intervención prohibida y la intervención lícita. La existencia de modelos culturales difusos, en su forma normativa, puede producir efectos generales en cierto modo similares a los de la eugénica en masa, cuando esos modelos son determinantes para limitar el conjunto de opciones individuales que ayudan a caracterizar en su conjunto a la organización social.

La amplificación de los modelos a través de la publicidad y la fuerte presión del mercado determinan su intensa penetración social, creando condiciones propicias para una progresiva restricción de las áreas donde continúa operando la «lotería genética», ya que se difunden y se banalizan los instrumentos que hacen posible la intervención en la genética. Además, el creciente uso de pruebas genéticas hace ineludible la pregunta sobre una posible e infranqueable frontera, más allá de la cual la opción del individuo se reduce a dejar operar al azar. El problema se presenta así como el de la individualización de la técnica necesaria para trazar con nitidez un límite.

Insuperable desde el punto de vista objetivo, ha aparecido el confín de la unidad misma de la persona, con la consiguiente prohibición de la clonación reproductiva, prevista, en una escala internacional, por el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Biomedicina y en el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales la Unión Europea. Como ya se ha analizado, desde el punto de vista de los sujetos que pueden ponerla en práctica, las prácticas eugénicas de masa se han considerado ilegítimas. El concepto mismo de enfermedad se presenta ambiguo y no determinante para sus connotaciones culturales.

Parece delinearse un nuevo contexto institucional caracterizado por la posibilidad de disciplinar de manera plena solamente las situaciones consideradas extremas (clonación reproductiva, eugénica en masa), quedando más bien a la

merced de una apreciación casuística y culturalmente determinada, la evaluación de cualquier otra hipótesis. Esto implica una calificación de inadecuación o de ineficacia o de posible rechazo social, a la pura técnica jurídica de prohibición de determinadas conductas, sobre todo si no se colocan dentro de un adecuado contexto cultural e institucional.

Un análisis de las reacciones sociales respecto de las posibilidades que ofrece la tecnología ha dado lugar a conclusiones cautelosamente optimistas, como es el caso del conocimiento precoz del sexo del niño, que no se ha visto acompañado de un refuerzo de los estereotipos negativos contra las mujeres, como lo demuestra el hecho de que la elección del aborto no está motivada en forma significativa por el anuncio de que nacerá una mujer. Es cierto que en la India se ha establecido la prohibición general de revelar a los padres el sexo del *nasciturus* para prevenir el aborto selectivo de niñas. En este caso, sin embargo, está claro que el recurso a la ley y a la tecnología de la prohibición se considera necesario para la eliminación de un modelo cultural cuya cancelación definitiva está todavía confiada a un cambio en la condición de la mujer en la sociedad india.

Debiendo entenderse con modelos culturales no limitados al pasado, sino en constante producción, la estrategia jurídica debe tener como objetivo la creación de un entorno socio-institucional que pueda neutralizar o reducir en la mayor medida posible las recaídas negativas, o mantenerse como tal el recurso a la genética. Esto implica, en primer lugar, un rechazo radical de todo parámetro de normalidad genética, la puesta a punto de modelos jurídicos de aceptación de la diversidad y un estatuto fuerte de información genética.

La dependencia de modelos culturales impositivos de características particulares puede reducirse si, ante todo, se establecen garantías precisas para la recolección de los datos genéticos; para su circulación y, en particular, su comunicación a los diversos interesados; y para la utilización de tales datos por personas que persiguen una finalidad puramente económica. Esencialmente, lo que debe asegurarse es que tener rasgos genéticos particulares no sea motivo de discriminación o de estigmatización. Asumimos así la particular relevancia de la definición de la *privacy* que pone el acento en la «protección de las opciones de vida contra todas las formas de control público y de estigmatización social<sup>12</sup>, en un contexto caracterizado por la libertad de opciones existenciales»<sup>13</sup>.

Nos encontramos así frente a una precisión de la acción jurídica y del derecho de la persona, que implica al mismo tiempo la definición de su identidad y la modalidad de sus relaciones personales y sociales.

---

<sup>12</sup> FRIEDMAN (1990: 184).

<sup>13</sup> RIGAUX (1990: 167).



3. La referencia a la normalidad nos lleva a otra inevitable cuestión a considerarse dentro del ámbito de la discusión sobre lo post-humano, considerada desde la perspectiva de la igualdad y de la dignidad. Como se ha mencionado, la aceptabilidad de la transición a lo post-humano está condicionada al respeto de la igualdad y la autonomía de los individuos, condiciones insoslayables evitables en sistemas basados en la democracia y en el respeto de los derechos fundamentales. La dignidad, la igualdad, la autonomía, la normalidad, se entrelazan: ninguno de estos aspectos puede ser ignorado o sacrificado.

Volviendo brevemente a algunas de las cuestiones en discusión, se puede decir que en ellas se manifiestan las preocupaciones y las angustias que en su forma extrema han acompañado las *dystopias* con relación al cuerpo y a los destinos individuales y colectivos a los que han sido asociadas, tales como *Un mundo feliz* (*Brave New World*) de Aldous Huxley<sup>14</sup> hasta *No me abandones* de Kazuo Ishiguro<sup>15</sup>. Pero se trata de preocupaciones que, depuradas de prospectivas extremas, no pueden eludirse; por lo que también aparecen en las contribuciones de los estudiosos que trabajan en la perspectiva de lo post-humano.

Cuando te veía bailar ese día, vi otra cosa. Vi un nuevo mundo que se aproximaba a grandes pasos. Ciertamente más científico, más eficiente. Más curaciones para las antiguas enfermedades. ¡Espléndido! Y, sin embargo, un mundo duro, cruel. Vi a una chica, con los ojos cerrados, apretar en el pecho el viejo mundo amable, que en su corazón sabía que no habría durado para siempre; y ella lo tenía entre sus brazos e imploraba que no la abandonase<sup>16</sup>.

Regresa el conflicto entre el antiguo mundo y el nuevo mundo; uno que se tiñe con los colores de la nostalgia, el otro que conlleva un progreso que parece definitivamente abandonar lo humano.

Pero, ¿es esta la única representación posible o la más correcta? Gran parte de lo que ahora colocamos en la categoría de lo post-humano tiene su origen en la necesidad de dejar los cuellos de botella de un viejo mundo donde la naturaleza es pura «madrstra», condenando la enfermedad, el sufrimiento, la herencia dañina. No solo nos enfrentamos a los intentos de adquirir nuevas habilidades o para extender desmesuradamente las que ya posee, sino a «readmitir» dentro de una suerte de normalidad *natural* a las personas que han sido o que pueden ser excluidas. La experimentación en implantes en el cuerpo para obtener o recuperar la vista o el oído, en técnicas de prótesis, en el control de las manifestaciones del Alzheimer, deben ser evaluadas desde este punto de vista, así como las oportunidades que ofrece

---

<sup>14</sup> HUXLEY (1933).

<sup>15</sup> ISHIGURO (2006).

<sup>16</sup> ISHIGURO (2006: 276).

la ingeniería genética para evitar la transmisión de determinadas enfermedades. Sabemos que el argumento de la «pendiente resbaladiza» esconde con demasiada frecuencia la incapacidad o la falta de voluntad para afrontar adecuadamente los desafíos del futuro. Y también sabemos que cerrarse en un conservadurismo sin salida puede causar reacciones que pueden llevar a justificar, junto con aquellas innovaciones ciertamente positivas, esas otras que una argumentación más racional hubiera podido oportunamente limitar o quizá excluir del todo.

El verdadero problema cultural e institucional es el de evaluar hasta qué punto estamos frente a una verdadera discontinuidad para evaluar la medida en que uno se enfrenta a verdaderas discontinuidades, que dejan una marca de otro mundo, y donde, sin embargo, es posible y necesario mantener una continuidad que marca el abandono de un mundo pasado y diferente o una situación donde es posible y necesario mantener una continuidad que acepte ese trascender de lo humano del cual hablaba Julian Huxley, impidiendo la aparición de un doble estándar en la consideración de lo humano y de lo post-humano. Y, aunque es correcta la preocupación de que se evalúe lo humano como resultado de una percepción de lo post-humano —que se presentaría como un valor más fuerte—, recojo la posibilidad de un conflicto —en realidad, de un «guerra»— entre lo humano y lo post-humano<sup>17</sup>. Un conflicto, por supuesto, que nace sobre el terreno de los valores referidos y que puede ser evitado solo si se tiene la capacidad de mantenerse firme —y de proyectar hacia el futuro— los principios antes recordados de dignidad, igualdad, autonomía. Aquí se puede y se debe construir una continuidad fuerte.

En un esfuerzo por ver cómo podemos traducir estas indicaciones generales en propuestas concretas, vale la pena una revisión rápida de un dictamen aprobado el 16 de marzo de 2005 por el Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías, dedicado a «Aspectos éticos de los dispositivos ICT implantables en el cuerpo humano» y que procede a un reconocimiento puntual de las diferentes formas posibles de intervención<sup>18</sup>. Uno se pregunta, en realidad, «en qué

---

<sup>17</sup> Véase, como ejemplo, BOSTROM (2005).

<sup>18</sup> Pueden distinguirse varias categorías: *Dispositivos ICT*: Dispositivos que envuelven tecnología de la información y de la comunicación, solidamente basados en la tecnología del chip de silicio. *Dispositivo médico activo*: Cualquier dispositivo médico cuyo funcionamiento se basa en una fuente de energía eléctrica interna e independiente, o en general sobre una fuente de energía diferente de la generada por el cuerpo humano o la fuerza de la gravedad. *Dispositivo médico activo implantable*: Cualquier dispositivo médico activo destinado a ser implantado íntegramente o parcialmente mediante una intervención quirúrgica en el cuerpo humano, o mediante una intervención médica en un orificio natural, y destinado a permanecer en el lugar después de la intervención. *Dispositivo ICT pasivo implantable*: Dispositivo ICT implantable en el cuerpo humano que utilizan para su funcionamiento un campo electromagnético externo (Véase, como ejemplo, la Sesión 3.1.1. relativa al *Verichip*). *Dispositivo ICT implantable online*: Dispositivo ITC implantable que utiliza para su

medida estos dispositivos deben ser considerados parte de lo que podría llamarse un *proyecto corpóreo* que abarque la libre y personal proyección de sus propias capacidades físicas e intelectuales (y, eventualmente, potenciarlas)». Para responder a esta pregunta, se dibuja un cuadro analítico de los principios de referencia, que tiene en cuenta el principio de precaución, y se articula poniendo al lado de los principios fundamentales (dignidad, no discriminación, autonomía, inviolabilidad del cuerpo, privacidad) otros principios, una vez aceptada la admisibilidad en el caso concreto (necesidad, finalidad, proporcionalidad, pertinencia). Principios, estos últimos, que representan una suerte de precipitado histórico de la experiencia en materia de aceptabilidad de las innovaciones científicas y tecnológicas.

El conjunto de principios y normas jurídicas se pone, en general, como un posible freno a los cambios tecnológicos y evidencia el hecho de que no todo lo que es técnicamente posible es también éticamente admisible, socialmente aceptable y jurídicamente legítimo. De otro lado, al poder de una técnica que se manifiesta como la producción ilimitada de aplicaciones, no puede oponérsele un Derecho débil, «amputado de su causa final». Esto implica la necesidad de una constante referencia a valores fundamentales, capaces de dar consistencia a una «constitucionalización de la persona» que es el resultado de un largo proceso que emerge claramente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, desde su Preámbulo, donde se afirma puntualmente que la Unión Europea «sitúa a la persona en el centro de su acción».

«No pondremos la mano sobre ti». Esta fue la promesa de la Carta Magna: el respeto del cuerpo en su integridad *Habeas Corpus*. Esta promesa sobrevive a los cambios tecnológicos. Cada intervención en el cuerpo es una forma de tratar los elementos particulares, por lo tanto, debe considerarse como si se refiriese al cuerpo como un todo, a una persona que debe ser respetada en su integridad física y psíquica. Ha nacido un nuevo concepto de la persona, a cuya proyección en el mundo corresponde el derecho a un respeto total de un cuerpo que ahora es al mismo tiempo, «físico» y «electrónico». En este mundo nuevo, la protección de la información amplía la función de garantizar el *habeas data* como consecuencia necesaria de la evolución de las circunstancias, a fin de convertirse en un componente irrenunciable de la vida civilizada como lo fue el *habeas corpus*.

Al mismo tiempo, se trata de un cuerpo permanentemente «inconcluso». Sobre esa base, es posible intervenir para restaurar las funciones perdidas o nunca

---

funcionamiento una conexión (*online*) con un computador externo, o que son interrogables (*online*) desde un computador externo (Véase, como ejemplo, la Sesión 3.1.2. relativa a los biosensores). *Dispositivo ICT implantable offline*: Dispositivo ICT implantable cuyo funcionamiento no depende de dispositivos ICT externos (eventualmente, después de una operación inicial de configuración, como en el caso de la estimulación cerebral profunda).

poseídas (amputaciones, ceguera, sordera), o proyectarlo más allá de su normalidad antropológica, reforzándole ciertas funciones y agregándole otras nuevas, siempre en nombre del bienestar de la persona o de su competitividad social (incremento de las capacidades deportivas, «prótesis» para la inteligencia). Estamos frente a las *repairing and capacity enhancing technologies*, a una multiplicación de las tecnologías *body-friendly*, que amplían y modifican la noción de curación del cuerpo y que anuncian la llegada del *cyborg*, es decir, del cuerpo post-humano. «En nuestra sociedad, el cuerpo tiende a convertirse en una materia prima modelable de acuerdo al ambiente del momento». En esta forma, se extienden las posibilidades de la intervención en el hombre individual, pero también crecen las oportunidades de control político del cuerpo a través de la tecnología.

La reducción total del cuerpo a la máquina no alimenta solamente la propensión de transformarlo cada vez más en un instrumento que permite el control continuo sobre la persona. La persona resulta, en esta forma, expropiada de su cuerpo y, por tanto, de su propia autonomía. El cuerpo pasa a ser disponible por sujetos diversos. Pero, ¿cuál puede ser el destino del individuo a quien se le ha desposeído de su propio cuerpo?<sup>19</sup> Avanzando en esta cuestión, el dictamen del Grupo señala algunos parámetros para la evaluación de la admisibilidad de los implantes, que deberían tenerse en cuenta en cada caso:

- a) la existencia de un riesgo actualmente reconocido como alto, pero incierto en relación incluso con las formas más simples de los dispositivos ICT implantables en el cuerpo humano, exige la aplicación del principio de precaución. En particular, deben distinguirse los implantes activos y los pasivos, aquellos reversibles de aquellos irreversibles, aquellos que dejan a la persona *offline* de aquellos que la ponen *online*;
- b) el principio de finalidad impone cuando menos una distinción entre la finalidad sanitaria y la finalidad de otro género. entre los objetivos de salud y otros fines. Pero la utilización médica debe ser evaluada con rigor y de modo selectivo, para evitar que pueda después ser invocada para legitimar otras formas de utilización;
- c) el principio de necesidad lleva a excluir la legitimidad de los dispositivos ICT implantables diseñados únicamente para la identificación de los pacientes, cuando éstos pueden ser sustituidos por otros menos invasivos e igualmente seguros;
- d) el principio de proporcionalidad conduce a excluir la legitimidad de los implantes, como las utilizadas, por ejemplo, con el único propósito de facilitar el ingreso a los locales públicos;
- e) el principio de la integridad y la inviolabilidad del cuerpo excluye la posibilidad de sostener que el solo consentimiento del interesado es suficiente para permitir cualquier tipo de implante;

---

<sup>19</sup> Sobre el conjunto de este problema, se puede ver RODOTA (2006).

f) el principio de dignidad se opone a la transformación del cuerpo en un objeto manipulable y controlable a distancia, como puro proveedor de información.

¿Qué sucede, sin embargo, cuando se trata de un mejoramiento orientado a la recuperación de una función perdida o a la obtención de una función nunca poseída que lleva al mejor funcionamiento de un «cuerpo normal»? Por ejemplo, está la cuestión del *doping* en el deporte, sancionada por las normas nacionales e internacionales, porque pone en riesgo la salud del atleta y distorsiona la leal competencia. Pero la historia de la ingesta de drogas por parte de escritores, músicos, pintores nunca ha provocado una reacción jurídica de tipo prohibicionista por el hecho de que esto pudiera afectar adversamente el proceso normal o natural de la creación artística. La eventuales prohibiciones, que se refieren también a los artistas, se derivan de normas de carácter general sobre el uso de sustancias estupefacientes, atemperada sin embargo por el reconocimiento de la legitimidad del uso personal y en cantidades módicas. ¿Los deportes quedan obligados a normas de cuyas restricciones los artistas pueden en cambio ser liberarse?

Cualitativamente muy diferentes son las nuevas oportunidades que ofrece la ingeniería genética a una amplia programación de los seres humanos. Aquí la ruptura con el pasado asume un carácter radical, y el mantenimiento de los principios señalados resulta la vía obligada para no sucumbir frente a un cientifismo que atropellaría la dignidad humana, presentando una imagen totalmente instrumental de la persona.

Frente a la realidad de intervenciones puntuales, siempre sometidas a las opciones individuales, hay quienes contraponen una perspectiva que combina realismo y voluntad de poder, y que se propone «rediseñar a los seres humanos»<sup>20</sup> y establecer «reglas para el hombre moderado»<sup>21</sup>. Dejaríamos así a nuestras espaldas al «último hombre»<sup>22</sup>, pasando por «una explícita planificación de las características individuales» gracias a una «antropotécnica» que «será capaz de realizar, a nivel del íntegro de la especie, el paso del fatalismo del nacimiento a la opcionalidad del nacimiento y a la selección prenatal»<sup>23</sup>. Esto plantea el problema de una mejora eugenésica a escala masiva, aunque hay diversos contextos en los que se mueve, debido a que el análisis de Stock es ajeno al proyecto de criar «raza» una raza de superhombres, más adecuados para gobernar a la humanidad, como más bien lo plantea Sloterdijk.

---

<sup>20</sup> STOCK (2004).

<sup>21</sup> SLOTERDIJK (2001).

<sup>22</sup> Este es el título del capítulo inicial del libro citado de G. Stock.

<sup>23</sup> SLOTERDIJK (2001).

Estas son propuestas extremas que evocan un pasado inquietante, simplificando las cosas en forma a menudo inaceptable y que, por lo tanto, deben ser ante todo sometidas a la consideración de un riguroso análisis científico. Sin embargo, plantean desde ya un problema insoslayable, como lo reconoce el mismo Stock cuando se pregunta si la demanda de mejoras farmacéuticas y genéticas encontrará realmente posibilidades de resistencia en el «turbulento mundo real»<sup>24</sup>. La cuestión de los límites es esencial, y no puede ser solo el Derecho el que establezca tales límites.

Al describir los riesgos de una eugénica liberal —para evitar los peligros de la perspectiva que acabo de mencionar<sup>25</sup>— el acento tiende a ponerse sobre la necesidad de respetar la naturalidad de los procesos que desde hace tiempo han sido objeto de reiteradas y conscientes intervenciones del hombre. Por esta razón, la contraposición entre una naturaleza ante la cual no se debe interferir y un mundo humano hecho de compartir conocimientos, no ofrece un fundamento verdaderamente sólido para una posición teórica que quiere ponerle un dique a una eugénica positiva; al punto que el mismo Habermas termina reconociendo la legitimidad de las intervenciones de terapia genética orientadas a evitar la transmisión de las enfermedades hereditarias<sup>26</sup>, aunque se inclina peligrosamente hacia la aceptación de una imposición política de la lista de enfermedades susceptibles de este tipo de tratamiento<sup>27</sup>.

El enfoque analítico seguido anteriormente puede ser utilizado para abordar incluso este problema, sin duda dramático, que todavía no puede resolverse ni refugándose en un prohibicionismo declamatorio ni cediendo a la lógica de aquellos que se limitan a afirmar que la fuerza de los hechos llevará irresistiblemente a la programación genética generalizada. Ya en la actualidad es posible indicar en qué la programación genética se presenta como una herramienta que tiene consenso, y este consenso será más claro en el futuro para eliminar las enfermedades graves y las condiciones de intolerable discapacidad. Al mismo tiempo, como en el caso de la clonación, el análisis de estos problemas exige no ceder a cualquier forma de reduccionismo genético, y se refleja sobre todo en la forma en que se lleva a cabo el libre desarrollo de la personalidad, reconocido como derecho constitucional fundamental. La posibilidad de construir libremente la propia esfera privada, de hecho, deriva directamente de una situación en la que no existe un programa que, en cualquier forma, sea impuesto a la persona.

---

<sup>24</sup> STOCK (2004).

<sup>25</sup> HABERMAS (2002).

<sup>26</sup> HABERMAS (2002: 45-70).

<sup>27</sup> HABERMAS (2002: 46). Para una aguda discusión sobre las tesis de Habermas, VIANO (2004: 277-296) y HORTOIS (2006: 76-81).

De esta reversión del punto de partida se debe pasar a identificar las situaciones en que la regla jurídica debe establecer la ilegalidad, teniendo sobre todo en cuenta el principio de la dignidad y el carácter inaceptable de una perspectiva en la que la vida de una persona sea anteladamente «diseñada» basándose en motivaciones puramente culturales (pensar en la petición, ya expresada, para crear una persona sorda, ya que esa fue la característica de los padres). Pero, ante una perspectiva muy realista, es urgente e indispensable desarrollar normas sobre la igualdad en el acceso a las técnicas genéticas, so pena de crear una sociedad de castas.

4. El cuerpo se convierte así en el protagonista. Lo confirman los datos de la realidad cotidiana, que muestran cuáles son los itinerarios seguidos no tanto para enriquecer lo humano, sino para aprovechar las oportunidades de lo post-humano a fin de aumentar las formas de dependencia. Está surgiendo un cuerpo manipulado, preparado para ser controlable, localizable. En este aspecto, de hecho, la tecnología interviene directamente. No se limita a controlarlo desde el exterior, como es el caso de la observación en video ni se limita a utilizar las características naturales, como sucede cuando se recurre a los datos biométricos. Lo acompaña, por el contrario, con los dispositivos electrónicos, principalmente las relacionadas con la tecnología RFID. En esta forma, la tecnología integra y modifica el cuerpo con la inserción de implantes electrónicos y, prospectivamente, con la nanotecnología. Lo transforma totalmente el conjunto, no solo convirtiéndolo en post-humano o en trans-humano, sino incidiendo sobre la autonomía misma de la persona, que puede ser controlada y dirigida a distancia.

El transcurso del pasado a un presente que ya es futuro, por lo tanto, puede percibirse en el hecho de que los controles experimentales y el condicionamiento externo están ahora acompañados de una reconstrucción del propio cuerpo, de manera de hacerlo compatible con la sociedad de la supervigilancia. El cuerpo así controlado se convierte en un nuevo y diferente objeto social; se convierte en una nueva mirada sobre un objeto diferente, lo que exige una reflexión nueva sobre lo que es hoy en día el dato personal, para garantizar que la protección jurídica ya prevista pueda seguir funcionando.

Ante nosotros tenemos los cambios que afectan a la antropología misma de la persona humana. Nos enfrentamos a un deslizamiento gradual: de la persona «escrutada» a través de la vigilancia por video y la tecnología biométrica se puede pasar a una persona «modificada» por la inserción de chips y etiquetas «inteligentes» en un contexto en el que cada vez más y más claramente nos identifica como «*networked persons*», personas perennemente en la red, que poco a poco se configuran para emitir y recibir impulsos que permiten rastrear y reconstruir sus movimientos, sus hábitos, sus contactos, alterando así el sentido y el contenido de la autonomía de las personas.

Esta tendencia ha tenido una confirmación explícita de la intención declarada, el 19 de julio de 2004, por el Primer Ministro del Reino Unido, de querer «etiquetar y supervisar», a través de satélite, a los cinco mil delincuentes más peligrosos de Inglaterra. Muchos han señalado ya las dificultades técnicas de este proyecto. Pero es la fuerza simbólica del mensaje lo que debe tomarse en serio.

Estas transformaciones tecnológicas tienen como premisa un cambio profundo de la condición social y jurídica de la persona. El haber cumplido totalmente la sanción penal impuesta no será suficiente para recuperar su libertad. Si una persona está clasificada como de «alta propensión a cometer delitos», pierde la libertad de circulación y todas las formas conexas de la autonomía individual, ya que se le obligará a llevar un instrumento electrónico que permita ubicarlo en todo momento. Y este «etiquetado» de personas peligrosas podría lograrse mediante la inserción de un microchip bajo su piel. Se cambiará así la propia naturaleza del cuerpo que, tecnológicamente manipulado, se convertirá en «post-humano». Sin embargo, ¿puede considerarse que esta perspectiva es compatible con el principio de dignidad, que abre solemnemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea? ¿Se puede aceptar la valiente movida semántica *blairiana* que ha rebautizado como «sociedad de respeto» a esta nueva versión de la «sociedad de la supervigilancia»?

No se diga que estas son rarezas futuroológicas o alarmistas. En los mismos días de la propuesta de Blair se ha sabido que en México, a un costo de \$150 por persona, ha sido «inyectado» un microchip en el brazo del Fiscal General y sus otros 160 empleados para controlar su acceso a un importante centro de documentación y, si fuera necesario, para localizarlos en caso de secuestro. El único comentario del Fiscal fue: «el implante me dolió un poco...». Con evidente intención publicitaria, en una discoteca de Barcelona, el Baja Beach Club, así como en otros locales en Holanda e Inglaterra, la implantación de un chip a los miembros que acepten esta novedad tecnológica les permite entrar en los locales sin ningún tipo de trámites y pagar automáticamente su consumo gracias a su identificación a distancia. Una empresa americana está colocando en el mercado armas que solo pueden ser utilizadas por aquellos que, teniendo un chip implantado en la mano, son reconocidos por el arma misma como su legítimo propietario. En un hospital de Roma se experimenta la colocación bajo la piel de un microchip de identificación en los casos de pacientes afectados por patologías particulares.

En marzo de 2005 hubo noticias de que, en una escuela de California, los niños estaban obligados a llevar el cuello un medallón que contiene un pequeño chip electrónico que permite seguir cada uno de sus movimientos, señalados por sensores colocados en todos los ambientes de la escuela, incluidos los baños.



La transformación tiende a transferir el control desde «afuera», desde el mundo circundante, a lo «interno» de cada uno de nosotros. No basta ya cambiar el ambiente, por ejemplo, por medio de un sistema de videovigilancia; es necesario cambiar la persona misma. El avance (¿irresistible?) de la tecnología parece exigir una nueva antropología.

Lo ha captado estupendamente bien una niña de esa escuela que, cuando regresó a casa después de haber sido «marcada», les dijo a sus padres: «Yo no soy un paquete de cereales». No se puede describir mejor lo que realmente está sucediendo: la reducción progresiva de las personas a objetos, permanentemente controlables a distancia con las más diversas tecnologías, implacablemente unidos por una invisible y tenaz atadura electrónica.

Los ejemplos concretos están ante nosotros, y cada vez son más numerosos. Son bien conocidos los casos de trabajadores que están obligados a llevar una pequeña «computadora *wearable*» que permite al empleador dirigir su trabajo vía satélite, indicándole los productos que deben ser retirados, especificando las rutas a seguir o las actividades a realizar, para controlar cada movimiento de los trabajadores y de saber en todo momento dónde se encuentra. En un informe de 2005 solicitado por el sindicato británico GMB al profesor Michael Blackmore, de la Universidad de Durham, se destaca que este sistema cubría ya diez mil personas, transformando los lugares de trabajo en «*battery farms*» y creando las condiciones de una «*prison surveillance*». Se trata de un panóptico en pequeña escala, que anticipa y anuncia la posibilidad de difundir, a escala siempre mayor, estas formas de vigilancia social. Resultados similares, pero limitados a la localización dentro del lugar del trabajo, se pueden obtener ahora gracias a un chip de lectura de la tecnología RFID en las tarjetas de identificación para los empleados.

A principios de este año, una empresa de Ohio, City Watcher, ha ido aún más lejos en la manipulación del cuerpo de sus empleados, ordenando a algunos de ellos la implantación de un microchip en el hombro para su ingreso a ciertos locales reservados de la empresa. El cuerpo resulta así cambiado en su naturaleza física misma y preparado para ser directamente controlado. Y la técnica de introducir en el cuerpo microchips de lectura a distancia se está extendiendo en las más diversas áreas, desde las discotecas hasta los hospitales, para abrir la puerta de la casa o iniciar su computadora personal; y ello va con la disminución de los costos y el aumento de las facilidades para el implante.

En algunos países, como Italia, las aplicaciones de estas tecnologías están prohibidas precisamente cuando permiten el control a distancia de trabajadores. Esto no basta, sin embargo, y se sugiere que esta prohibición se generalice y se convierta en norma común en los países de la Unión Europea. Dado que estas tecnologías son utilizadas también por personas y actividades ajenas a la

supervisión del trabajo, el tema de la legitimidad misma del recurso a instrumentos que implican una manipulación del cuerpo debe ser afrontado directamente. En 2005, el ya mencionado Grupo de Ética de las Ciencias y las Nuevas Tecnologías llegó a la conclusión de que se debían admitir únicamente formas limitadas de utilización del microchip y solo con fines de protección de la salud. Y se estableció que otros usos deberían ser considerados contrarios a la dignidad de la persona, declarada inviolable por el artículo 1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el principio de protección de la información personal.

En realidad, ¿en qué se convertiría una sociedad donde un número cada vez mayor de personas se encuentran *tagged and tracked*, etiquetados y seguidos? La vigilancia social se basa en una suerte de atadura electrónica. El cuerpo humano es tratado como un objeto cualquiera en movimiento, controlable con un mando a distancia utilizando la tecnología de los satélites o la frecuencia radial. Si el cuerpo puede llegar a convertirse en un *password* (contraseña), la tecnología de la localización está haciendo nacer una *networked person*.

El cambio tecnológico asume así rasgos particularmente inquietantes. Las finalidades de identificación, verificación, vigilancia, seguridad en las transacciones, ¿pueden justificar el uso del cuerpo humano hecho posible por la innovación tecnológica?

Estas consideraciones, por supuesto, se refieren también a los casos en que la tecnología RIFD no determina una modificación física de la persona. Para examinar estas cuestiones, es necesario distinguir las situaciones en que las etiquetas se utilizan como instrumentos directamente relacionados con un tema (por ejemplo, el contenido de un documento de identidad) de aquellas otras en las que el vínculo es a través de la relación con los objetos, a su vez etiquetados. En el primer caso, estamos sin duda ante situaciones muy similares a aquellas caracterizadas por el implante directamente en el cuerpo, incluso si la persona tiene la capacidad de separarse del soporte material que contiene la etiqueta (por ejemplo, una tarjeta), sustrayéndose de esta forma al control (eventualidad impracticable o de bastante más compleja realización para quienes tienen implantes en el cuerpo). En los otros casos, se trata de proceder a una adaptación de las normas vigentes sobre protección de datos, teniendo en cuenta el carácter estrictamente capilar del control y de la clasificación que esta forma de recolección de datos hace posible. Esto también implica, por otra parte, una reconsideración de la definición de lo que se entiende por datos personales, para contrarrestar la peligrosa tendencia a adoptar la interpretación formalista y reductora que desproteger a las personas frente a las aplicaciones de la tecnología RFID (y no solo de ella). Por otra parte, debe tomarse seriamente en cuenta el riesgo de que los procedimientos de

normalización determinen controles y manipulaciones de identidad, dado que para una multiplicidad de sujetos es posible acceder a los datos contenidos en el chip e incluso realizar una intervención activa sobre tales datos.

Aunque parecen menos preocupantes desde este punto de vista, los implantes directos en el cuerpo, las *smart tags* (etiquetas inteligentes) son susceptibles de utilizaciones bastante más difusas y, por tanto, capaces de producir efectos personales y sociales más profundos. Si bien, de hecho, parecería que no es pensable una aplicación masiva de implantes de microchip, es precisamente esta la línea adoptada por muchos de los nuevos documentos. Sabemos que en el Reino Unido las nuevas tarjetas de identidad contienen un chip de lectura, legible con la tecnología de la frecuencia radial. Si este hecho se asocia con, por ejemplo, el uso de pequeños aviones no tripulados en proceso de experimentación (UAV: *unmanned aerial vehicle*), se vuelve posible para la policía identificar a las personas que participan en una manifestación o que se encuentren en cualquier otro lugar, haciendo sobrevolar el área considerada con uno de esos aviones (lo puso en evidencia George Monbiot en *The Guardian* del 21 de febrero de 2006). Se incide de esta manera en libertades fundamentales establecidas por la Constitución, como aquella de circular y de manifestarse libremente en público, haciéndose así necesaria una atención más adecuada para la protección de la información personal en esta nueva dimensión.

Por otra parte, los mismos beneficios que se derivan de estas nuevas tecnologías para determinadas categorías de personas (niños, enfermos, ancianos, incapacitados) pueden mover a las compañías de seguros a subordinar la suscripción del contrato de seguro o el monto de la prima al hecho de que los presuntos asegurados estén «equipados» con estas tecnologías, a fin de reducir los riesgos para la aseguradora. Esto es lo que ya sucede con los coches y camiones, que son asegurados contra robo en términos más favorables, si están equipados con un dispositivo de reconocimiento satelital. Pero, ¿pueden las personas ser tratadas como objetos en movimiento, con su extrema mercantilización? ¿O, más bien, una forma de protección de datos personales, que impida este tipo de condiciones, puede ser la mejor manera de garantizar la libertad y la dignidad?

Sin embargo, la frontera extrema de la incidencia sobre el cuerpo de las innovaciones tecnológicas, está representada hoy por la experimentación y las hipótesis relacionadas con la nanotecnología en general y, en particular, la nanobiotecnología. Penetrado por lo infinitamente pequeño, el cuerpo puede sufrir una radical metamorfosis, convirtiéndose en una «nanomachine», un sofisticado sistema de información que produce ininterrumpidamente datos analíticos sobre su condición. La protección de esta categoría de datos requiere pronta atención. Es un problema de hoy, no de mañana, que debe comprometer

incluso a cuantos se ocupan de la protección de datos personales en un trabajo de «*vision assesment*».

Las nanobiotecnologías están diseñadas para producir innovaciones absolutamente relevantes en el campo del tratamiento de los datos personales. La miniaturización de las herramientas de diagnóstico, su presencia directa en el cuerpo del interesado, la multiplicación de los parámetros que se pueden utilizar simultáneamente, la expansión del espectro del diagnóstico y la inmensa aceleración de los diagnósticos conducirá inevitablemente a un enorme crecimiento de los datos disponibles y utilizables de inmediato. Es indispensable participar desde ahora en la individualización de los problemas relacionados con la creación de este novísimo «espacio interior», donde se plantean con características inéditas incluso cuestiones tradicionales, como aquella sobre el derecho a saber o a no saber, el *screening* individual o de masas, las personas que pueden tener acceso a los datos obtenidos a través de la nanotecnología, la propia naturaleza de estos datos, que pueden presentar un grado de «sensibilidad» incluso mayor que el de los datos genéticos sensibles, replanteando de modo aún más tajante los temas de las posibles discriminaciones. La aceptación social y la ética de la nanotecnología dependerán en gran parte también de su capacidad para acompañar su introducción con las salvaguardias adecuadas para los derechos de las personas.

En realidad, la integridad del cuerpo no es un concepto externo. Es el modo mismo en que pensamos exitosamente para definir la relación con nuestro ser. Si se impugnan estas cuestiones, inevitablemente ello conducirá a un empobrecimiento del concepto de vida.

La representación más radical de esta tendencia, que transforma la socialización del cuerpo en apropiación o expropiación, se puede percibir cuando consideramos el «cuerpo como una máquina para la transmisión de la energía y la información». Estas son las palabras con que se describe el objeto de la patente 6.754.472, concedida en los Estados Unidos a Microsoft en el año 2004. Así, no solo el cuerpo se convierte en el instrumento para conectar directamente una amplia gama de dispositivos portátiles, desde su teléfono celular hasta la computadora que cabe en la palma de la mano y el reproductor de música, superando a las tecnologías actuales y creando, en lugar de las actuales formas de conexión, una *personal area network*, una red personal colocada bajo nuestra piel, dentro de nuestros tejidos. El cuerpo se convierte en una herramienta de la cual se ha sustraído la libre disposición, ya que esta nueva forma de su utilización está ahora sujeta a derechos de patente y, por tanto, a las exigencias económicas de Microsoft.

La imagen del cuerpo como una entidad gobernada únicamente por el interesado se empaña hasta desaparecer.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANNAS, George, Lori ANDREWS y Rosario ISASI  
 2002 «Protecting the Endangered Human: Toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations». *American Journal of Law and Medicine*, volumen 28, N° 2/3.
- BOSTROM, Nick  
 2005a «A History of Transhumanistic Thought». *Journal of Evolution & Technology*, vol. 14, abril 2005.
- BOSTROM, Nick  
 2005b «In Defense of Posthuman Dignity». *Bioethics*, volumen 19, N° 3, pp. 202-214.
- CHADWICK, Ruth (editora)  
 1992 *Ethics, Reproduction and Genetic Control*. Nueva York–Londres: Routledge.
- DELMAS-MARTY, Mireille  
 1999 «Certitudes et incertitudes du droit». En H. ATLAN, M. AUGÉ, M. DELMAS-MARTY, R., P. DROIT, *Le clonage humain*. Paris: Ploin.
- DYSON, Anthony y John Harris (editores)  
 1994 *Ethics and Biotechnology*. Nueva York–Londres: Routledge.
- FRIEDMAN, Lawrence M.  
 1990 *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*. Cambridge: Harvard University Press.
- HABERMAS, Jurgen  
 2002 *Il futuro della natura umana. I rischi di una eugenetica liberale*. Turín: Einaudi.
- HARRIS, John  
 1993 *Wonderwoman and Superman: the ethics of Human Biotechnology*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- HEYD, David  
 1992 *Genethics. Moral Issues in the Creation of People*. Berkeley-Los Angeles-Oxford: University of California Press.
- HOTTOIS, Gilbert  
 2006 «Quel cadre temporel pour penser les générations futures?», en Christian HERVÉ y Jacques J. ROZENBERG (editores), *Vers la fin de l'homme?* Bruselas: De Boeck Université.

- HUGHES, James  
 2004 *Citizen Cyborg: Why Democratic Societies Must Respond to the Redesigned Human of the Future*. Cambridge: Westview.
- HUXLEY, Aldous  
 1933 *Il mondo nuovo*. Milán: Mondadori.
- HUXLEY, Julian  
 1927 *Religion without Revelation*. Londres: Benn.
- ISHIGURO, Kazuo  
 2006 *Non lasciarmi*. Turín: Einaudi.
- KEVLES, Daniel J. y Leroy HOOD (editores)  
 1992 *The Code of Codes. Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*. Cambridge–Londres: Harvard University Press.
- KISS, Alexandre  
 1982 «La notion de patrimoine commun de l'humanité». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 175, pp. 99-256.
- KROCKER, Steve y M.A. WEINSTEIN  
 1995 *Data Trash. Teoria della classe virtuale*. Milán: Apogeo.
- PUNZI, Antonio  
 2003 *L'ordine giuridico delle macchine*. Turín: Giappichelli.
- RIGAUX, François  
 1990 *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruselas–París: Bruylant.
- RODOTA, Stefano  
 1993 «Modelli culturali e orizzonti della bioetica». En S. Rodota (editor), *Questioni di bioetica*, Bari: Laterza, pp. 421-431.  
 2006 *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milán: Feltrinelli.
- SLOTERDIJK, Peter  
 2001 «Regole per il parco umano. Una replica alle ultime lettere di Heidegger», *Aut aut*, N° 301-302, pp. 132 y ss.
- STOCK, Gregory  
 2004 *Riprogettare gli esseri umani. L'impatto della ingegneria genetica sul destino biologico della nostra specie*. Milán: Orme.
- VIANO, Carlo Augusto  
 2004 «Antiche ragioni per nuove paure. Habermas e la genetica». *Rivista di filosofia*, XCV, pp. 277-296.