

Sircovich, Jesica Yael.

La Excepción de Incumplimiento en el Contrato Social

-Por Jesica Yael Sircovich-

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL CONTRATO SOCIAL

1.- Introducción:

En este trabajo me propongo brindar una justificación distinta a las que ya han sido otorgadas para la desobediencia al Estado, en el marco de una concepción contractualista. Para ello, comenzaré por esbozar -en el punto 2- la idea de las teorías contractualistas y, luego, presentaré algunas de las justificaciones para la desobediencia que ya han sido ofrecidas por diversos autores (en el punto 5).

En la teoría que aquí propongo parto de la base de que existe un contrato entre el Estado y los ciudadanos. A partir de allí, pretendo realizar aplicaciones analógicas de la teoría contractual del derecho privado al ámbito del contrato social. Para ello, en el punto 6, analizo las similitudes y diferencias entre un contrato privado y el social.

En particular -en el punto 7-, analizo la excepción de incumplimiento contractual y sostengo que puede aplicarse analógicamente al contrato social. Si analizamos la relación Estado-ciudadano como un contrato, vemos que cada parte tiene derechos y obligaciones. Siendo que los contratos “son ley para las partes”, están hechos para cumplirse. Al ser el social un contrato bilateral (por oposición a unilateral), las promesas de ambas partes deben ser respetadas porque se interconectan (cada una depende de la otra).

De esta forma, si existe en la Constitución un artículo que establece que los ciudadanos tienen derecho a tener una vivienda digna, entonces ésa es una promesa que ha realizado el Estado. Como contrapartida, el individuo deberá, por ejemplo, pagar impuestos. Pero si el Estado no cumple con su promesa, ¿qué puede hacer el ciudadano? Oponer la excepción de incumplimiento. De esta manera, el individuo podrá, entre otras cosas, no pagar ciertos impuestos y el Estado no podrá reclamarle cosa alguna mientras no ejecute su parte del contrato. Si el Estado reclamara algo al individuo, éste podría defenderse oponiendo la excepción de incumplimiento. El ciudadano podrá suspender su ejecución del contrato mientras el Estado no cumpla. Una vez que el Estado brinde al ciudadano la vivienda digna, entonces éste no tendrá más opción que retomar su ejecución del contrato.

Quiero dejar en claro que con esta idea no pretendo incitar a la rebelión. Un ciudadano no podría simplemente abandonar el contrato social. No se trata de que si el Estado no brinda vivienda digna al ciudadano, entonces éste queda liberado de toda obligación frente al Estado. Tampoco se trata de que el contrato queda “anulado”, de manera tal que el individuo retorna al estado de

Sircovich, Jesica Yael.

naturaleza. De lo que se trata aquí es de la posibilidad de “suspender” el contrato; no de “resolverlo”. Si se produce un incumplimiento por parte del Estado, el ciudadano tiene la posibilidad de suspender su ejecución mientras el incumplimiento continúe. Ni bien el Estado le otorgue, por ejemplo, la vivienda digna, el ciudadano estará obligado a ejecutar su parte del contrato.

Por supuesto que esta justificación de la desobediencia al Estado tiene límites. Para conocerlos -en el punto 9- utilizo otra herramienta del derecho contractual y apelo a la teoría del abuso del derecho.

A renglón seguido, analizo la legitimación. En el apartado 10, aplico analógicamente la teoría de la legitimación y los círculos concéntricos del derecho administrativo al campo del contrato social.

Por último realizo algunas consideraciones finales.

2.-

El punto de partida de este trabajo es el contractualismo. Las teorías contractualistas se basan en la idea del consentimiento. La idea principal de toda teoría contractualista es justificar la legitimidad del Estado sobre la base de un contrato entre los individuos. En palabras de Ilya Somin, la filosofía política liberal y la teoría legal sostienen que la idea del consentimiento de los gobernados es una importante fuente de legitimidad del Estado y de su potestad de legislar¹.

En términos de Locke: “Siendo, según se ha dicho ya, los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad”².

“Tenemos, pues, que lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, y solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo”³.

Scheppele y Waldron consideran que existen dos razones que vuelven al contractualismo sumamente atractivo. Una de ellas es la compatibilidad entre la libertad individual y el poder del

¹Conforme Ilya Somin, pp 754-755.

²John Locke, p 103.

³John Locke, p 105.

Estado que surge de la idea del consenso. La segunda, radica en los valores de igualdad e imparcialidad necesarios en toda teoría contractualista⁴. Estos aspectos suelen ser aceptados por la intuición y el sentido común de la mayoría de las personas.

El punto básico surge de la misma etiqueta de la teoría: contractualismo. La idea del contrato es la estructura más fuerte del edificio de toda teoría contractualista. Sea como fuere que haya sucedido (mediante un contrato expreso entre los individuos que buscan abandonar un estado de naturaleza, mediante un contrato tácito o bien por vía de un contrato hipotético), lo central es la existencia de un contrato entre los individuos y el Estado. El Estado tiene el derecho de exigir obediencia y tiene la obligación de cumplir con ciertas funciones. Los individuos tienen el derecho de exigir al Estado el ejercicio de las prestaciones debidas y la obligación de acatar sus órdenes. Como en todo contrato, cada parte tiene derechos y obligaciones.

Una idea similar se encuentra presente en la posición de Gargarella, quien sostiene que la legitimidad de un sistema como el argentino surge de la promesa del Estado de tratar a todos los ciudadanos como iguales. A partir de allí, el autor sostiene que existen grupos minoritarios en la sociedad que no están siendo tratados como iguales, de modo que el Estado estaría incumpliendo con su promesa. De allí concluye que el Estado debe proteger a quien reclama un igual trato⁵.

Ahora bien, alguien podría pensar que es muy importante determinar si el contrato es con el Estado o entre los individuos, porque si el último fuera el caso, entonces el hecho de que el Estado incumpla sus obligaciones podría no aparejar las consecuencias de un incumplimiento contractual. He dicho que el contractualismo parte de un contrato entre los individuos. Sin embargo, mencioné luego que una de las partes del contrato es el Estado y otra las personas. Intentaré explicarme.

Existe en toda teoría contractual un contrato primario entre los individuos mediante el cual, entre otras cosas, crean el Estado. “Crear” tiene el sentido de otorgarle legitimidad. Ese contrato jamás podría haber sido celebrado entre los individuos y el Estado por la sencilla razón de que el Estado aún no existía. Ahora bien, una vez que se realiza ese contrato y se crea y otorga legitimidad al Estado, nace un nuevo sujeto de derecho. Los individuos ceden facultades y derechos a ese Estado.

Por ejemplo, la promesa de no ejercer justicia por mano propia configura una clara delegación de los individuos en favor del Estado. Si Juan roba a Pedro, Pedro no puede exigirle por la fuerza a Juan que le devuelva sus pertenencias; debe acudir al Estado. Aunque originariamente el

⁴ Conforme Kim Lane Scheppele y Jeremy Waldron, pp199-200.

⁵ Gargarella, p 19.

Sircovich, Jesica Yael.

contrato haya sido celebrado entre Juan y Pedro, existe ahora un intermediario entre ellos. Cada uno delegó derechos y facultades al Estado y, como contraprestación, cada uno de ellos puede exigir determinadas cosas al Estado (por ejemplo, Pedro tiene derecho a exigirle al Estado que obligue a Juan a devolverle lo suyo).

De esta manera, vemos que existen varios contratos entre los individuos y el Estado. La causa que motivó el contrato entre cada individuo y el Estado es el contrato primario entre los individuos. Pues bien, es del contrato entre los individuos y el Estado del que me ocupo en este trabajo. El contrato entre los individuos es una suerte de “meta-contrato” que aparece como la causa de estos otros contratos que son los que, en definitiva y en la práctica, nos importan en mayor grado.

Desde otro enfoque, si se interpreta al Estado como un representante de los individuos, entonces el hecho de que el Estado incumpla sus obligaciones configura un incumplimiento contractual. El representante actúa por el representado y, si el representante incumple, es como si el representado hubiese incumplido. Si el contrato social es entre los individuos y, el Estado es el representante de todos individuos, cada vez que exista un conflicto entre un individuo en particular y el Estado, puede leerse como un conflicto entre el individuo particular y todos los demás individuos (porque el Estado es un representante de todos los individuos). Nuevamente, bajo este enfoque, el hecho de que el Estado incumpla sus obligaciones apareja las consecuencias de un incumplimiento contractual.

3.-

Teniendo en mente las teorías contractualistas, es fácil advertir que no cualquier sistema político se sigue de ellas. Con el objetivo de encontrar ese sistema político, distintos autores contractualistas han propuesto diversas soluciones. No es el objeto de este trabajo el estudio acerca de qué sistema es el que se justifica bajo una luz contractualista. Sin embargo, es importante aclarar que la justificación que se dará en este trabajo a la desobediencia al Estado parte de la misma teoría contractualista. Por lo tanto, para que esta justificación sea pasible de aplicación es necesario que el sistema jurídico en el cual se pretenda ejercer sea justificado a la luz de una teoría contractualista. En pocas palabras: en este trabajo se presume que el sistema jurídico en el que se vive se justifica a la luz de la teoría contractualista.

4.-

En este trabajo “desobediencia al Estado” significa el no acatamiento de las órdenes del Estado, en un sentido amplio. No he querido utilizar las expresiones “desobediencia civil”, “resistencia constitucional”, “derecho a la rebelión” u “objeción de conciencia”, a fin de realizar un análisis abarcativo de todas ellas. Diversos autores han definido esas expresiones de maneras distintas. Por ejemplo, Rawls se refiere a la desobediencia civil como un acto público, no violento, conciente y político contrario a la ley, usualmente realizado con la intención de provocar un cambio en la ley o políticas del gobierno⁶. En este trabajo no sólo trato la justificación de esa clase de resistencia del Estado (como se verá más adelante). Gargarella se refiere a la “resistencia constitucional” aludiendo a episodios que “se distinguen por la presencia de violaciones del derecho positivo, que pueden asumir un carácter violento, destinadas a frustrar leyes, políticas o decisiones del gobierno de turno”⁷. En este trabajo, la resistencia puede no estar destinada a lo que sugiere Gargarella. Por otro lado, al referirse a la “resistencia constitucional”, el autor analiza, en particular, el derecho a la resistencia en situaciones de alienación legal⁸ y aquí no se parte de esa situación política. La “objeción de conciencia” puede definirse como el no cumplimiento de una orden legal más o menos directa o una orden administrativa. Nuevamente, esta expresión no abarca el espectro de casos en el que aquí se está pensando, ya que puede justificarse una desobediencia al Estado por una omisión de éste. Cuando se utiliza la expresión “derecho a la rebelión”, suele referirse a la desobediencia a un poder tiránico y caprichoso que deja de lado la voluntad del pueblo y, en este trabajo, no necesitamos de ese supuesto para hablar de la desobediencia al Estado.

5.-

Diversos autores contractualistas han otorgado distintas justificaciones al interrogante que nos concierne. Aquí esbozaré tan sólo algunas de ellas a fin de tener un panorama del estado actual de la cuestión.

⁶Rawls, p 320.

⁷Gargarella, pp 207 y 208.

⁸ Por “alienación legal” entiende: “...una situación en donde el derecho no representa una expresión más o menos y fiel de nuestra voluntad como comunidad sino que se presenta como un conjunto de normas ajenas a nuestros designios y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual ésta aparece sometida”- p 205.

A- Locke:

En el Segundo Tratado del Derecho, en el capítulo acerca de la Tiranía, Locke señala:

“Allí donde acaba la ley empieza la tiranía, si se falta a la ley en daño de otro. Quien ejerciendo autoridad se excede del poder que le fue otorgado por la ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece, deja, por ello mismo, de ser un magistrado, y se le puede ofrecer resistencia, lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro”⁹.

Luego, el autor explica que su mensaje no incita a la anarquía o al caos y sostiene que tan solo debe utilizarse la fuerza contra quien la ejerce de manera injusta e ilegal. Por otro lado, expresa que si las violaciones afectan a unos pocos, es poco probable que ellos logren destruir el gobierno dado que el pueblo no tiene interés en unirse a su lucha.

En el capítulo XIX -De la disolución del gobierno-, Locke explica que el gobierno puede disolverse desde el exterior¹⁰ o desde el interior. Una de las formas de disolución desde el interior es la rebelión. El autor sostiene que, dado que los hombres han consentido la creación de un gobierno para su propio beneficio y salvaguarda

“... siempre que los legisladores intentan arrebatar o suprimir la propiedad del pueblo, o reducir a los miembros de éste a la esclavitud de un poder arbitrario, se colocan en estado de guerra con el pueblo, y éste queda libre de seguir obedeciéndole...”¹¹. “Por consiguiente, siempre que el poder legislativo traspase esa norma fundamental de la sociedad y, llevado por la ambición, el miedo, la insensatez y la corrupción, intente apoderarse para sí, o colocar en manos de otra persona, un poder absoluto sobre las vidas, libertades y propiedades del pueblo, ese poder legislativo pierde, con el quebrantamiento de la misión que tiene confiada, el poder que le otorgó el pueblo”¹².

⁹ John Locke, pp 172 y 173.

¹⁰ Por ejemplo, la conquista.

¹¹ John Locke, p 184.

¹² John Locke, p 184.

Como bien resume Roberto Gargarella, “Locke habló entonces de una ‘larga cadena de abusos’...vinculados con el uso tiránico y caprichoso del poder. De modo más específico, Locke hizo referencia a la situación en la cual resultase evidente que el gobierno prometía una cosa y hacía la contraria, el hecho de que utilizase artimañas para eludir la ley, el hecho de que usase sus poderes especiales en contra del bienestar del pueblo; el hecho de que los funcionarios inferiores cooperasen en dichas acciones y el hecho de que las acciones arbitrarias se sucedieran unas a otras”¹³.

Luego, Locke contempla posibles objeciones a su teoría. Es importante tenerlas en cuenta, así como también las respuestas que el autor ofrece, ya que esas objeciones podrían oponerse a la teoría que aquí propongo. La primera objeción que contempla el autor británico gira en torno a la posible acusación de que, de acuerdo con su teoría, la estabilidad del gobierno dependería de la inconstante y caprichosa opinión pública, lo cual resultaría muy riesgoso: “ningún gobierno durará mucho si el pueblo dispone de la facultad de implantar un nuevo poder legislativo cuando se le antoje”. Locke contesta a esta objeción minimizando el presunto riesgo. Afirma que no es tan simple sacar al pueblo de sus formas sociales establecidas y apela a la lentitud del pueblo para enmendar errores y cambiar los regímenes establecidos. Luego, el autor trata una segunda objeción: aquella según la cual su teoría siembra los gérmenes de frecuentes rebeldías. A ella contesta, en primer lugar, que no lo hace más que cualquier otra teoría. En segundo término, asevera que las revoluciones no se producen por pequeñas faltas sino por grandes violaciones. Tercero, sostiene que:

“[...]la mejor defensa contra la rebelión, y el medio más probable de impedirla, es que el pueblo tenga poder para proveer nuevamente a su propia salvaguardia, estableciendo un nuevo poder legislativo cuando el que tenía ha actuado contrariamente a su misión atropellando la propiedad de sus súbditos”¹⁴.

De acuerdo a estas consideraciones, y expresamente en situaciones de graves excesos de poder, justifica Locke la desobediencia civil.

B- Rawls:

Rawls trata el tema que nos concierne en el capítulo VI “Duty and Obligation” de su obra *A Theory of Justice*. En ese capítulo, comienza por explicar que existen los principios del deber natural

¹³Gargarella, 219.

¹⁴John Locke, p187.

y la obligación. Señala que el deber natural más importante es el de apoyar a las instituciones justas. A renglón seguido, se ocupa de examinar la conexión de los deberes naturales con la desobediencia civil y lo que él denomina “objeción de conciencia”¹⁵, siempre y cuando se esté bajo circunstancias a las que él considera medianamente justas. Señala que, si bien existen varios principios de deberes naturales, todas las obligaciones surgen del “principio de justicia”¹⁶. Ese principio establece que una persona tiene la obligación de hacer su parte especificada por las reglas de una institución cuando ha aceptado voluntariamente los beneficios o ha sacado ventaja de las oportunidades que la institución ofrece, siempre que esta sea justa (siempre que satisfaga los principios de justicia).

Luego, Rawls analiza el deber de cumplir con una ley injusta. Sostiene que cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa es dable suponer que las leyes injustas no exceden ciertos límites de injusticia. En esos casos, existe un conflicto de principios; ya que algunos principios sugieren obedecer, mientras que otros sugieren lo contrario. Es por esto que, en esas situaciones, debe realizarse un análisis de prioridades. La desobediencia estará o no justificada dependiendo de la magnitud de la injusticia. Nuestro deber natural de apoyar a las instituciones justas nos impone la obligación de cumplir con leyes injustas, o al menos de no oponérselas con medios ilícitos, siempre que no excedan ciertos límites de injusticia.

Rawls se ocupa luego de la elaboración de su teoría de la desobediencia civil. Su teoría es aplicable sólo al caso de una sociedad razonablemente justa, pero con ciertas violaciones de justicia serias¹⁷.

“Es por este reconocimiento que los que se involucran en acciones de desobediencia civil (u objeción de conciencia) aceptan padecer las penas que el derecho dispone en contra de ellos: existe, finalmente, una aceptación de la validez general del derecho, que se cuestiona en algún aspecto específico”¹⁸.

Rawls define a la desobediencia civil como “un acto público, no violento, conciente y político contrario a la ley, usualmente realizado con la intención de provocar un cambio en la ley o políticas del gobierno”¹⁹.

¹⁵ “conscientious refusal”.

¹⁶ “principle of fairness”.

¹⁷ Rawls se refiere al caso de una democracia, porque de lo contrario no sería una sociedad razonablemente justa para él.

¹⁸ Gargarella, p 209.

¹⁹ Rawls, p 320.

Posteriormente, el autor se concentra en explicar cuándo la desobediencia civil está justificada. Para ello, señala que, para la desobediencia civil estar justificada, debe cumplir con tres condiciones. La primera de ellas reside en que, si uno concibe a la desobediencia civil como un acto político dirigido al sentido de justicia de la comunidad, entonces, parecería razonable limitarla a instancias de injusticias sustanciales y claras. Por eso considera que existe una fuerte tentación de restringir la desobediencia civil a casos de violaciones del primer principio de justicia –el principio de igual libertad- y al principio de igualdad de oportunidades.

Luego, impone otra condición. El autor ve a la desobediencia civil como la última ratio, en el sentido de que no debe existir otra opción. Rawls no exige agotar los recursos legales, sino que se trata de una presunción. La desobediencia civil debe ser necesaria.

La tercera condición es eventual. Esto quiere decir que en la mayoría de los casos las primeras dos condiciones justificarán por sí solas la desobediencia civil; pero esto no siempre será así. Esta condición tiende a evitar el caos en el caso de que muchas minorías quieran ejercer la desobediencia civil. Esto podría solucionarse con una alianza política cooperativa.

En cuanto al rol de la desobediencia civil, Rawls señala que, al ejercer la desobediencia civil, uno pretende dirigirse al sentido de justicia de la mayoría y dar noticia de que, en la opinión personal de uno, las condiciones de libre cooperación están siendo violadas. Se apela a que otros reconsideren una situación determinada.

C-

Cuando Locke escribió acerca de la desobediencia civil, tuvo en mente escenarios distintos de los considerados en el presente trabajo. Locke se refería al poder tiránico y caprichoso que dejaba de lado la voluntad del pueblo. Por eso es que los límites al ejercicio de la rebelión no están tan delimitados en su teoría (la reacción era contra un abuso inconmensurable y despótico). En este trabajo no me centro en el abuso tiránico. La desobediencia al Estado que propongo puede derivar, por ejemplo, de una omisión relevante del Estado. De ahí que los límites deban ser más precisos.

Rawls se ocupó de analizar la desobediencia al Estado sólo bajo circunstancias medianamente justas. Hay aquí una gran semejanza con mi teoría ya que en este trabajo se presupone que el sistema jurídico se justifica bajo una luz contractualista. Sin embargo, la diferencia fundamental radica en que Rawls sostiene que la desobediencia está o no justificada dependiendo del nivel de injusticia. En cambio, mi posición es que la justificación no depende del nivel de injusticia. Basta con que exista un incumplimiento para que haya injusticia y se justifique la desobediencia;

Sircovich, Jesica Yael.

luego, podrá o no limitarse la magnitud de la respuesta dependiendo de la gravedad del incumplimiento.

Estas razones justifican el apartamiento en ese trabajo de las teorías de Locke y Rawls ya expuestas. Lo que pretendo es brindar una justificación más abarcativa.

6.-

En esta sección, compararé las características del contrato privado y del contrato social. Busco así determinar si existen, entre ellos, analogías a través de las cuales puedan utilizarse válidamente las reglas que rigen el primero para comprender mejor, y completar, el segundo.

Como ya he comentado, la similitud fundamental entre ambas clases de contratos radica en que el fundamento de la obligatoriedad de ambos es el consentimiento. Ahora bien, en un contrato privado el consentimiento es, por lo menos “casi siempre”²⁰ expreso. En cambio, en la teoría contractualista difícilmente uno pueda considerar al consentimiento expreso sin apelar a construcciones argumentativas complejas²¹.

Locke sostiene:

“Existe una distinción corriente entre consentimiento expreso y consentimiento tácito, que podrá aplicarse a nuestro caso actual. Nadie pone en duda que el consentimiento expreso de un hombre para entrar en una sociedad lo convierte en miembro perfecto de la misma, en súbdito de aquel gobierno. La dificultad estriba en ponerse de acuerdo sobre lo que debe entenderse por consentimiento tácito y hasta qué punto liga éste, es decir, hasta qué punto se considerará que una persona ha consentido, sometiéndose de ese modo a un gobierno determinado, en los casos en que no ha manifestado expresamente ese consentimiento. En cuanto a eso, digo que todas aquellas personas que tienen bienes o el disfrute de una parte cualquier de los dominios territoriales de un gobierno, otorgan con ello su consentimiento tácito y se obligan a obedecer desde ese momento las leyes de tal gobierno mientras sigan disfrutando de esos bienes y posesiones, y eso en las mismas condiciones que todos los demás súbditos, lo mismo si estas

²⁰ Utilizo esta expresión porque hay situaciones muy particulares en las cuales un consentimiento tácito podría ser suficiente. Por ejemplo: La empresa Cerealera envía todos los lunes 50 kg de maíz a Juan Perez. Un lunes determinado Juan Perez no llama por teléfono a Cerealera para confirmar el envío. Sin embargo, Cerealera envía a Juan Perez los 50 kg de maíz y éste permite que lo depositen en su dietética. Puede entenderse que Juan Perez consintió tácitamente con el mismo contrato que celebraban cada lunes.

²¹ Algunos utilizan, por ejemplo, la idea de la residencia en determinado lugar a fin de encontrar un consentimiento expreso. Sin embargo, esta idea como demostración de un consentimiento expreso ha sido muy controvertida.

tierras han de pertenecerle a él y a sus herederos para siempre como si sólo ha de vivir en ella una semana, o si se limita a viajar libremente por las carreteras. En efecto, ese consentimiento puede consistir simplemente en el hecho de vivir dentro del territorio de dicho gobierno”²².

Esta diferencia entre consentimiento expreso versus tácito o hipotético podría llegar a distorsionar el empleo de la institución de los vicios de la voluntad al caso del contrato social. Por ejemplo, Ilya Somin considera que en las teorías del consentimiento tácito el consentimiento no es verdaderamente voluntario porque el que lo otorga debe sacrificar elementos importantes de autonomía personal si no lo brinda²³. De modo que el requerimiento de tal sacrificio choca con el principio de libertad individual (que es un principio que la teoría del consentimiento pretende proteger).

Otra diferencia esencial entre ambos contratos surge de la prohibición de los contratos privados de carecer de término. En un contrato entre particulares uno no puede obligarse para siempre. Por otro lado, en el campo privado, las oportunidades de resolución deben estar expresas en el contrato, o surgir de la ley. En cambio, el contrato social no tiene término (obliga al ciudadano durante toda su vida). Esto nos permite ver cuál es la razón por la cual los contractualistas otorgan tanta importancia al derecho a abandonar el Estado: es la única manera que tiene el individuo para desligarse del contrato.

Otra diferencia radica en el efecto del contrato. En el plano privado rige el principio del efecto relativo de los contratos. Por ejemplo, en el derecho argentino, el artículo 1195 del Código Civil establece:

“Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros”.

El efecto relativo del contrato significa que los efectos del contrato sólo afectan a las partes (y esto es lo que sucede en un contrato privado). En cambio, en el contrato social, los efectos del contrato se extienden al resto de los ciudadanos. Inevitablemente el incumplimiento del contrato de cada ciudadano con el Estado perjudica a otro ciudadano. Si el ciudadano X no paga sus impuestos, entonces perjudica al ciudadano Y. Si el Estado no cumple con su promesa de otorgarle una vivienda

²² John Locke, p 117.

²³ Ilya Somin, p 765.

Sircovich, Jesica Yael.

digna al ciudadano X, el ciudadano Y puede verse perjudicado al vivir en una ciudad donde la gente tiene que dormir en la calle (profundizaré la cuestión cuando me ocupe de la temática de la legitimación).

En el contrato social, a diferencia de los contratos del derecho privado, se procura la satisfacción del interés público. Es en respuesta del interés de todos y cada uno de los individuos que existe un contrato social que brinda legitimación al Estado. No se persigue la satisfacción de intereses privados ni particulares con el contrato social sino que el fin último del contrato reside en el bien público. Se le brinda legitimidad al Estado ya que todos estaremos mejor con la presencia de un Estado; el pueblo en general estará mejor y ése es el bien público.

Ahora bien, más allá de estas diferencias, el hecho de que el privado y el social sean ambos “contratos” nos permite realizar analogías en el uso de sus herramientas (teniendo siempre en cuenta las divergencias mencionadas a fin de analizar si tales analogías son o no válidas).

7.-

A -

La excepción de incumplimiento es una institución del derecho privado que rige en casi todos los derechos del mundo. El punto central de este trabajo sugiere que las *razones* a las que responde la doctrina contractual de la excepción de incumplimiento también se aplican al contrato social (individuos-Estado). A fin de alcanzar tal conclusión, es útil valerse de la regulación del derecho argentino para que sirva de ejemplo para caracterizar esa doctrina.

Esta excepción se encuentra regulada, en el derecho argentino, en el artículo 1201 del Código Civil, que dispone:

“En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

Tal como señala Mosset Iturraspe, esta disposición es coincidente con el artículo 510 (también del Código Civil)²⁴. Este otro artículo establece:

²⁴ Mosset Iturraspe, p 431.

“En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”.

El primer fundamento de la excepción radica en la idea de la promesa. “El principio de promesa...es aquel principio por el cual las personas pueden auto imponerse obligaciones donde anteriormente no existían”²⁵. Charles Fried explica que por medio de una promesa transformamos una posibilidad²⁶ que era moralmente neutral en una que es moralmente exigible²⁷. Cuando prometemos algo a alguien modificamos el estado de cosas del mundo: a partir de ese momento el beneficiario de la promesa tiene derecho a contar con que vamos a cumplir con ella (aunque antes de la promesa no habría podido exigir absolutamente nada). Fried brinda una justificación moral a la obligatoriedad de las promesas. Sostiene que la obligación de cumplir una promesa surge de la autonomía individual y la confianza. Explica que un individuo tiene la obligación moral de cumplir con sus promesas porque ha generado, intencionalmente, una convención a partir de la cual otra persona puede legítimamente esperar que la promesa será cumplida. No cumplir con tal promesa implica abusar de la confianza que uno generó en el otro. El autor señala que ese abuso es muy similar a una mentira. Tanto en la mentira como en el abuso se usa a la otra persona como un medio. De modo que, concluye, la obligación de cumplir con una promesa es muy similar a la obligación de decir la verdad²⁸.

El fundamento de esta excepción radica en la interdependencia de las obligaciones en un contrato bilateral. La obligación de uno tiene como causa-fin²⁹ la obligación del otro; y si una de las obligaciones no se cumple, la causa-fin de la otra se desvanece. X se obliga porque Y se obliga. Si Y no se obligara, entonces X tampoco lo haría. Existe un nexo de reciprocidad.

La doctrina civilista se refiere a este concepto como “bilateralidad genética”. Explica López de Zavalía que “Cuando existe un vínculo de corresponsabilidad entre las obligaciones, y uno de los acreedores demanda el cumplimiento, la ley acuerda al otro ciertas defensas tendientes a asegurar dicha reciprocidad”³⁰. Una de ellas es la excepción de incumplimiento de contrato³¹.

²⁵ Charles Fried, p 1.

²⁶ “choice” en el original.

²⁷ Charles Fried, p 8.

²⁸ Conforme Charles Fried, pp 16-17.

²⁹ La causa-fin consiste en la razón determinante del acto, la finalidad que se tuvo en miras al realizarlo.

³⁰ López de Zavalía, p 598.

Señala Alterini: “Cuando la prestación del demandante debió ser cumplida antes que la del demandado, o debe serlo simultáneamente con la de éste, el demandado dispone de la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), o de cumplimiento mal efectuado (*exceptio non rite adimpleti contractus*)³². La idea es la siguiente: “no cumplo porque tú incumpliste antes”. (“Incumpliste” como sinónimo de incumplimiento absoluto o de cumplimiento defectuoso, ya que el defectuoso no fue el prometido).

La doctrina trata al instituto como una excepción sustancial (de derecho sustantivo) para ser ejercida como derecho contrapuesto al que pretenda el actor³³. Esta excepción paraliza la acción de la otra parte, lo cual quiere decir que, mientras la otra parte no cumpla con su prestación, no podrá exigir que el otro cumpla con la suya.

Por ejemplo: Existe un contrato entre X e Y. X debe llevar todos los días 2 kilos de pan a Y. Y debe pagarle \$4 cada día. El lunes X lleva el pan a Y, pero Y no le paga. El martes X no lleva el pan a Y (ya que el día anterior no le había pagado). Y exige a X el cumplimiento del contrato y la intima a que le envíe el pan el miércoles. X le opone la excepción de incumplimiento contractual y de ese modo justifica su falta de entrega de pan (la justificación se centra en el incumplimiento del otro, en este caso, en la falta de pago del día lunes). X suspenderá la entrega del pan hasta que Y salga de su incumplimiento contractual y le pague lo acordado. Una vez que eso suceda, X le enviará más pan a Y.

A fin de aplicar la excepción es necesario el cumplimiento de dos requisitos. El primero de ellos consiste en que las obligaciones del actor y el demandado sean de cumplimiento simultáneo. Esto quiere decir que la obligación del actor no debe estar sujeta a plazo o condición alguna. (De lo contrario no habría incumplimiento ya que uno sólo está obligado a cumplir desde que la obligación se vuelve exigible). El segundo requisito exige que no pueda imputarse incumplimiento al excepcionante. Se basa en que si lo que se critica con esta excepción es el incumplimiento del otro, mal puede un contratante oponerla si él mismo ha hecho lo mismo. Aquí se apela al sentido común: “Si X es egoísta no estaría bien que le critique a Y ser egoísta”.

En cuanto al ámbito de aplicación de la excepción: “La *exceptio non adimpleti contractus* sólo es de aplicación en los contratos bilaterales o con prestaciones recíprocas... en los cuales existe un entrecruzamiento de actividades de las partes, de forma tal que ambas vienen a ser a la vez

³¹ Tal como sostiene Félix A. Trigo Represas “La finalidad de esta defensa es la de posibilitar al contratante demandado por cumplimiento, que se abstenga legítimamente de ejecutar su prestación, hasta tanto no se realice el cumplimiento simultáneo de la correlativa prestación a cargo de la otra parte”. Página 254.

³² Alterini, p 535.

³³ Conforme Mosset Iturraspe, p 434.

Sircovich, Jesica Yael.

deudoras y acreedores entre sí³⁴. Este es el ámbito de aplicación que se corresponde con el fundamento (explicado más arriba) de la excepción.

B -

Teniendo en mente la excepción de incumplimiento del derecho privado, veremos ahora si es aplicable al contrato social. A fin de cumplir con esta meta conviene tener en cuenta las diferencias y similitudes entre ambos contratos.

Como primera observación, vemos que el contrato social podría perfectamente entrar en el ámbito de aplicación de la excepción. Este es un contrato bilateral que tiene prestaciones recíprocas. El Estado tiene derechos y obligaciones. El ciudadano tiene derechos y obligaciones. Ambas partes son a la vez deudoras y acreedoras.

En cuanto a la diferencia respecto al consentimiento expreso/ tácito – Real/ hipotético considero que no tiene relevancia con respecto a la oposición de la excepción en cuestión. Lo trascendente es que estamos en el marco de un contrato y que existe un consentimiento (sea cual fuere). Una vez que tenemos en claro que nos encontramos en el marco de un contrato, el fundamento de la excepción de incumplimiento comienza a tener lugar. Esto así ya que, si hay consentimiento, también hay contrato. Si existe un contrato bilateral, existen derechos y obligaciones recíprocas. Si existen derechos y obligaciones recíprocos, existe interdependencia de ellos. Si tal interdependencia existe, el incumplimiento de una de las partes puede justificar el incumplimiento de la otra. Nuevamente volvemos al fundamento de esta excepción: “Yo no cumplo porque tú no cumpliste antes”. El hecho de que el consentimiento sea real expreso o tácito, o bien hipotético, en nada obsta a lo antedicho.

En el punto Número 5 recalqué, también, la diferencia vinculada con el término del contrato. Pero aquí vemos que esa diferencia tan sustancial no es óbice para la aplicación de la excepción de incumplimiento. El contrato podría durar un minuto o ser eterno y, aun así, el fundamento y fin de la excepción no se verían perturbados. Sólo es necesario que exista interdependencia en las obligaciones para que la excepción sea aplicable.

Ahora bien, considero que sí reviste especial relevancia la diferencia con respecto al efecto del contrato y a su causa fin. Expresé que el contrato social, a diferencia del contrato privado, extiende efectos a todos los ciudadanos, además de que su causa fin es el interés público (y no uno

³⁴ Trigo Represas, p 255.

privado). Esta diferencia tendrá efectos prácticos en cuanto a la legitimación para oponer la excepción.

Me parece útil realizar una analogía con el contrato administrativo, cuya causa fin también va más allá de un interés privado y responde al interés público. El contrato administrativo tiene típicamente dos partes: el Estado y un particular. Por ejemplo, un contrato de concesión de un lugar público es un contrato administrativo. El Estado otorgará el lugar por un tiempo determinado al particular y el particular pagará un canon, entre otros derechos y obligaciones. La causa fin de los contratos administrativos, al igual que en el contrato social al que hago referencia en este trabajo, es el bien público. De ahí que, en el marco de un estudio sobre la aplicación de la excepción de incumplimiento, la analogía entre ambos contratos adquiere singular importancia.

Sostiene Juan Carlos Cassagne, con relación al contrato administrativo, que el funcionamiento de la excepción en cuestión es distinto en el contrato administrativo que en los contratos privados debido a que la causa-fin que preside el acuerdo de voluntades atempera el incumplimiento de la Administración. Explica que esta particularidad limita la facultad del particular para oponer la excepción de incumplimiento a los supuestos en que exista una razonable imposibilidad de cumplirlo en las condiciones convenidas³⁵. Esto significa que en el ámbito de los contratos administrativos se ha estudiado la aplicación de la excepción de incumplimiento y se ha llegado a la conclusión de que es aplicable a ellos. Sin embargo, esa aplicación requiere de límites más precisos dado que existe un interés público en juego, y no se trata tan solo de intereses privados.

8-

Tal como dije en la introducción, si otorgamos legitimación al Estado sobre la base de un contrato social, entonces vemos a la relación Estado-ciudadano como un contrato. Los contratos están hechos para cumplirse. Las promesas de ambas partes deben ser respetadas porque se interconectan (cada una depende de la otra)³⁶.

Veremos un ejemplo de posible aplicación de la excepción para clarificar la cuestión. Si existe en la Constitución un artículo que establece que los ciudadanos tienen derecho a tener una vivienda digna, entonces ésa es una promesa que ha realizado el Estado. Como contrapartida, el individuo deberá pagar impuestos, etcétera. Pero si el Estado no cumple con su promesa, ¿qué puede hacer el ciudadano? Oponer la excepción de incumplimiento. De esta manera, el individuo podrá,

³⁵ Conforme Cassagne, pp 138-139.

³⁶ Además de la razón de que toda promesa debe ser respetada (tal como sostiene Charles Freid).

por ejemplo, no pagar los impuestos y el Estado no podrá reclamarle nada mientras no ejecute su parte del contrato. Si el Estado reclamara algo al individuo, éste podría defenderse oponiendo la excepción de incumplimiento y paralizar así la acción del Estado. El ciudadano puede suspender su ejecución del contrato mientras el Estado no cumpla. Una vez que el Estado brinde al ciudadano la vivienda digna, entonces el ciudadano no tendrá más opción que retomar su ejecución del contrato. A partir de ese momento, el ciudadano estará obligado a ejecutar su parte del contrato. Por otro lado, existen límites a la suspensión de la ejecución (tal como se verá más adelante).

Por supuesto que en cada caso particular habrá que aplicar los requisitos de la excepción de incumplimiento. La Constitución argentina promete a los ciudadanos una vivienda digna. Juan no tiene una vivienda digna y el Estado se niega a dársela. ¿Puede Juan oponer la excepción de incumplimiento? Para ello debemos ahondar en los requisitos de la excepción.

- a- Que las obligaciones de actor y demandado sean de cumplimiento simultáneo: la obligación del actor no debe estar sujeta a plazo o condición alguna. La promesa de la vivienda digna no tiene plazo o condición alguna³⁷.
- b- Que no pueda imputarse incumplimiento al excepcionante: el ciudadano debe haber cumplido anteriormente. Por ejemplo, debe haber pagado sus impuestos.

9.-

En este apartado, me concentraré en explorar los límites a la aplicación de esta herramienta contractual. El límite a la oposición de la excepción, en el marco del contrato social, debe, necesariamente, ser mayor al existente en el campo de los contratos privados. ¿Por qué? Por dos cuestiones. La primera es que, en el contrato social, a diferencia del contrato privado, la causa-fin es el bien público. El interés relevante es el público y no uno particular. Si todos los ciudadanos cumplen con el contrato social, todos los ciudadanos se benefician. Esto así porque no se busca un beneficio particular sino el general. La segunda cuestión radica en que en el marco del contrato social no juega el efecto relativo del contrato. El incumplimiento de cualquier ciudadano del contrato perjudica a los demás. Si X no paga los impuestos como consecuencia de la oposición de la excepción de incumplimiento afecta a los demás ciudadanos (por más que la oposición de la excepción tenga como legítima causa el incumplimiento del Estado de una de sus prestaciones). La idea de que necesitamos mayores límites en el marco del contrato social apela al sentido común:

³⁷ Presupongo que todos los derechos (incluso los sociales) son operativos. No es relevante para este trabajo la discusión acerca de si existen derechos programáticos o si todos son operativos.

Sircovich, Jesica Yael.

“Tendré cuidado si una acción mía me provoca efectos adversos, pero muchísimo más cuidado tendré si le provoca efectos adversos a otro”.

Es por ello que necesitamos completar la teoría. Con miras a ese fin podemos, una vez más, recurrir a las instituciones del derecho privado a fin de analizar si cabe realizar una aplicación analógica al contrato social. Para ello recurriré a la teoría del abuso del derecho.

El artículo 1071 del Código Civil argentino establece:

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Lo importante es determinar cuándo el ejercicio de un derecho es abusivo y cuándo no lo es. Para ello se han dado varios criterios³⁸.

- a) Criterio intencional: la intención de dañar.
- b) Criterio técnico: se refiere a la culpa en la ejecución.
- c) Criterio económico: refiere a cuándo la persona utiliza su derecho sin tener un interés legítimo.
- d) Criterio funcional o finalista: cuando la persona persigue un fin distinto al que tenía en miras el legislador. Este criterio es más objetivista (no como los tres anteriores que son subjetivos).
- e) Criterio ético: ejercicio contrario a la buena fe y a la moral.

Considero que el mejor criterio es el funcional (o finalista). Esto así ya que el a), b) y c) son subjetivos y el e) da lugar a mucha discrecionalidad. Por ejemplo, a fin de adoptar el criterio intencional uno debiera meterse en la cabeza del agente para investigar si tuvo o no intención de dañar. El criterio técnico también es subjetivo ya que al analizar la culpa, muchas veces es necesario fijarse en las características personales del agente. Por otro lado, a los fines de este trabajo, deberíamos preguntarnos: ¿culpa en qué? ¿En el abuso de la oposición de la excepción? Si es así, el argumento se vuelve circular, ya que primero hay que presuponer que la oposición fue abusiva a fin de analizar si fue culpable o no. Pero justamente el abuso es lo que pretendemos descifrar con estos

³⁸ Bustamanete Alsina, pp 47-50.

critérios. El criterio c) no me parece el apropiado ya que, en vez de centrarse en la calidad o cantidad de la oposición, sugiere centrarse en la legitimación. Tener o no un interés legítimo nada nos dice acerca de qué parte del contrato social puede suspenderse y cual no. Tan sólo nos podría decir quién podría oponerla (y ese es un problema de legitimación, que veremos más adelante). En cuanto al criterio e), si bien pretende no ser subjetivo, da lugar a mucha discrecionalidad. En definitiva: ¿qué es la moral y las buenas costumbres? ¿Quién lo define? Considero que este criterio podría dar lugar a muchas arbitrariedades. De esta manera, elijo el criterio d), el funcional o el finalista. Y aquí debemos ir nuevamente al fundamento de la excepción de incumplimiento, a fin de analizar qué fue lo que tuvo en miras el legislador o cual es el fin de la norma. Y como vimos, apela a la interdependencia de las obligaciones: “yo incumplo porque tú no cumpliste”, “es injusto que yo cumpla porque si tu no te hubieras obligado, yo tampoco lo habría hecho”. Como las obligaciones son interdependientes, al oponer la excepción de incumplimiento se incentiva a la parte incumplidora a que cumpla. Soy consciente de que este parámetro de proporcionalidad es un tanto vago, pero, aun así, considero que es el mejor.

¿Cómo extender este instituto a la excepción de incumplimiento en el contrato social? Cuando una persona pretende oponer la excepción de incumplimiento a fin de generar caos u otro propósito no querido por el legislador debería negársele tal posibilidad. Volvamos al ejemplo del cartel con el nombre de la calle situada en el barrio de Caballito. La persona que vive en Caballito se encuentra legitimada para oponer la excepción. Sin embargo, ¿puede suspender completamente su parte de ejecución del contrato? ¿podría, por ejemplo, alzarse en armas e intentar tomar el gobierno? Creo que no. Eso sería abusivo.

Esa persona claramente estaría buscando generar con la excepción un fin no querido por el legislador porque es claro que su intención no es incentivar al Estado a que también cumpla con su parte del contrato, sino aprovecharse de una herramienta jurídica para lograr fines extra-legales.

10.-

En este apartado analizaré la legitimación para oponer la excepción, nuevamente, recurriendo a la teoría contractual. Dije, anteriormente, que una de las diferencias entre un contrato privado y el contrato estatal era que en el primero regía el efecto relativo del contrato mientras que en el segundo ese principio se desvanecía. Esto significa que en el contrato privado los efectos solo alcanzan a las partes, mientras que en el contrato social también afectan a terceros.

Si ingresan ladrones en la residencia de Juan debido a una falta del Estado, podemos decir que el Estado claramente incumplió con su promesa de seguridad hacia Juan. Por ejemplo, si el Estado había prometido que habría un personal policial en la esquina de la casa de Juan, pero en el momento del robo no había ningún policía cerca, Juan podría, sin lugar a dudas, oponer la excepción de incumplimiento contractual (lógicamente habría que analizar con qué límites, pero no es el punto en este momento). ¿Podría Jacinta pretender oponer la excepción sobre la base de que la promesa del Estado es vivir en un lugar seguro? Si bien a Jacinta no le han robado, el Estado en el que ella vive es un lugar menos seguro desde que el robo se produjo. ¿Dónde comienza y dónde termina la legitimación?

Puede trazarse una analogía con el análisis de la legitimación en el derecho administrativo. Esta analogía es relevante si uno repara en el hecho de que, como ya expresé en otra sección, en el proceso administrativo hay un interés público en juego -al igual que en el contrato social-. Gordillo explica los tipos de legitimación en el derecho administrativo con un ejemplo:

En el caso de una acción iniciada para la tutela del medio ambiente, el vecino del lugar tiene una pretensión singular e individual (el resguardo de su propia salud) y por ende goza de un derecho subjetivo. Tendrá, en cambio, un interés legítimo quien, sin ser vecino transita por ese lugar o vive próximo a él. Y por último tendrán un simple interés todos los demás miembros de la comunidad³⁹. “La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está dada por el hecho de que en el primero se requiere que el individuo tenga un “interés personal y directo” en la impugnación del acto”⁴⁰. “...en el interés simple el interés es común a todos los habitantes, mientras que en el interés legítimo debe pertenecer a “una categoría definida y limitada” de individuos”⁴¹. Es, en definitiva, la idea de los círculos concéntricos.

En la teoría del derecho administrativo, quien tiene tan solo un simple interés no podrá reclamar nada ni administrativa ni judicialmente. En cambio, quien cuenta con un interés legítimo siempre tiene una acción administrativa, aunque no siempre una judicial. Por último, el derecho subjetivo cuenta siempre con una acción administrativa y con una judicial.

³⁹ Conforme Gordillo. Capítulo III, p 15.

⁴⁰ Gordillo. Capítulo IV, p 5.

⁴¹ Gordillo. Capítulo IV, p 5.

De esta forma, vemos que la legitimación en el derecho administrativo es más amplia que en el derecho privado. En este último, sólo el derecho subjetivo permite una acción, mientras que en el derecho administrativo no solo el derecho subjetivo sino también el interés legítimo es legitimante. La razón de esta mayor amplitud radica en el hecho de que el ámbito administrativo se encuentra presente el interés público, esto genera que el efecto relativo de los contratos se vea morigerado y, en consecuencia, al verse más individuos afectados, son más los legitimados para accionar. Estas mismas razones nos llevan a concluir que, en el marco del contrato social, la legitimación también debe ser más amplia.

La ecuación es la siguiente:

- a mayor interés público, mayor morigeración del efecto relativo de los contratos.
- a mayor morigeración del efecto relativo de los contratos, mayor legitimación para accionar.

Ahora bien. Debemos encontrar la manera de armonizar todos estos conceptos de derecho administrativo con la teoría del contrato social y, más específicamente, con la legitimación para oponer la excepción de incumplimiento contractual.

El interés público presente en el contrato social es mayor al presente en el administrativo. ¿Por qué? Por dos razones. La primera de ellas consiste en el hecho de que si bien en el contrato administrativo (al igual que en el contrato social) hay dos partes: el Estado y el ciudadano, en él no siempre está presente un agente de derecho público. Algo esencial en el contrato social es que el Estado actúa siempre como persona de derecho público. En el contrato administrativo, en cambio, el Estado puede o no actuar como persona de derecho público. Por ejemplo, cuando un Ministerio compra lapiceras para trabajar actúa en ese contrato de compra-venta como persona de derecho privado. La segunda razón estriba en que en los contratos administrativos la promesa del Estado no ha sido dirigida a toda la población o a un grupo de ella. Por ejemplo, cuando el Ministerio compra lapiceras, la promesa de pago está dirigida a un ciudadano particular. En cambio, cuando el Estado promete seguridad (típica promesa del contrato social) lo hace a favor de toda la población.

De ambas razones podemos extraer que en el contrato social el interés público está presente absolutamente siempre, pero que en el contrato administrativo puede o no estarlo. Si la presencia del interés público es lo que morigera el efecto relativo del contrato, entonces vemos que la morigeración es más profunda en el contrato social que en el contrato administrativo. A su vez, esta mayor morigeración genera una mayor amplitud en la legitimación. Es una cuestión de grados.

Así las cosas, es útil recordar que en el ámbito puramente privado sólo se encuentra legitimado aquel que acredite un derecho subjetivo. En el ámbito del derecho administrativo se está legitimado judicialmente con un derecho subjetivo y, a veces, con un interés legítimo, pero siempre alcanza el interés legítimo para accionar por vía administrativa (la legitimación es mayor). ¿Alcanza tener un interés legítimo para oponer la excepción de incumplimiento en el marco del contrato social?

Sí. ¿Por qué? Por que si dijimos que la legitimación aumenta a medida que crece la morigeración del efecto relativo, y si vimos que el interés legítimo legitima en el marco administrativo, debería también legitimar en un marco en el que la morigeración del efecto es aún mayor que en el administrativo.

Sin embargo, la cuestión deja de ser tan sencilla si uno repara en el hecho de que en los contratos administrativos el interés legítimo legitima siempre en sede administrativa, pero solo a veces en sede judicial. ¿Y en el contrato social? ¿Legitima la excepción de incumplimiento el interés legítimo?

Es importante tener en cuenta que en el campo de la aplicación de una excepción sustancial no estamos en igual situación que en la interposición de una demanda. En la oposición de la excepción no tiene sentido alguno diferenciar entre sede administrativa o judicial. Ello así en virtud de que, puesto que el ciudadano NO demanda, no elegirá una sede. Sólo podrá oponer la excepción de incumplimiento para defenderse de un eventual reclamo del Estado. Por esta razón, no existe aquí la posibilidad de otorgar la legitimación en la órbita administrativa y no siempre en la judicial. Aquí es: “sí, puede oponer la excepción con un interés legítimo” o: “no, no puede oponer la excepción con un interés legítimo”. No existe término medio.

Sobre la base de estas consideraciones, podemos concluir que si no otorgamos la legitimación para la oposición de la excepción con el interés legítimo, sólo la estaríamos otorgando con un derecho subjetivo. Al hacer eso, el derecho administrativo tendría una legitimación más amplia que el marco del contrato social y abandonaríamos la idea de que la morigeración del efecto relativo de los contratos es lo que genera la mayor amplitud en la legitimación.

Así, concluyo que debemos darle un tratamiento especial al interés legítimo. Ese tratamiento especial no puede ser el mismo que en el contrato administrativo (vimos que ello configuraría un sinsentido). Aquí las únicas dos opciones son otorgar o no legitimación para oponer la excepción. Por ello la conclusión debe, necesariamente, ser la siguiente: quien tenga un interés legítimo ha de poder oponer la excepción de incumplimiento en el contrato social.

Nuevamente podemos señalar una diferencia con la teoría de Locke. En el capítulo primero del Segundo Tratado del Derecho, Locke se encarga del estado natural. Sostiene que, en el Estado de naturaleza, la ejecución de la ley natural ha sido puesta en manos de todos y cada uno de los hombres. “[P]or eso tiene cualquiera el derecho de castigar a los transgresores de esa ley con un castigo que impida su violación”⁴². Sostiene que en caso de ocurrir la violación de la ley... “quien ha recibido un daño (además del derecho a castigar que comparte con todos los demás hombres) tiene el derecho especial de exigir reparación a quien se lo ha causado. Y cualquier otra persona a quien eso parezca justo puede, asimismo, juntarse con el perjudicado y ayudarlo a exigir al culpable todo cuanto sea necesario para indemnizarle del daño sufrido”⁴³. De ahí que podemos sostener que para Locke sería suficiente un simple interés.

11.- *Consideraciones finales:*

En este trabajo brindé una nueva justificación a la desobediencia al Estado: la oposición de la excepción de incumplimiento contractual. Realizando aplicaciones analógicas de la teoría contractual y del derecho administrativo, llegué a la conclusión de que la aplicación de la excepción de incumplimiento al plano del contrato social es posible y legítima, aunque por supuesto con ciertos límites. Esos límites pueden no ser siempre precisos y, a veces, hasta resultar un tanto vagos. Sin embargo, nos alcanza –por el momento- con saber que ellos deben existir. Y esto así para que esta nueva justificación cumpla con su verdadero objetivo, que en modo alguno consiste en incitar a la rebelión. La idea es brindar una justificación a los ciudadanos para desobedecer al Estado cuando ello es necesario. Creo que un pueblo que le otorga legitimación al Estado mediante un contrato social pierde su libertad, dignidad y autonomía si se convierte en un súbdito incondicional que hace oídos sordos a los excesos de poder. Y para poder defenderse, cuando ello es necesario, contra el mismo Estado que ellos crearon, los individuos necesitan de una herramienta hábil: he aquí el papel de la oposición de la excepción de incumplimiento en el marco del contrato social.

⁴²John Locke, p 49.

⁴³John Locke, p 50.

BIBLIOGRAFÍA:

- **Ilya Somin**, *Revitalizing Consent* (Harvard Journal of Law & Public Policy).
- **Kim Lane Scheppele y Jeremy Waldron**, *Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation* (Yale Journal of Law & the Humanities).
- **John Locke**, *Segundo Tratado Sobre El Gobierno- Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil-* Introducción, revisión de la traducción y notas de Pablo López Alvarez- (Editorial: Biblioteca Nueva, Madrid 1998).
- **John Rawls**, *A Theory of Justice –Revised Edition-* (The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1999).
- **Roberto Gargarella**, *El Derecho a la Protesta -El Primer Derecho –* (Editorial: Ad Hoc- Primera Edición, Abril 2005).
- **Jorge Mosset Iturraspe**, *Contratos- Edición Actualizada-*(Rubinzal-Culzoni Editores. 1998).
- **Charles Fried**, *Contract as Promise- A Theory of Contractual Obligation-* (Harvard University Press- Cambridge, Massachusetts and London, England, 1981).
- **Jorge Bustamante Alsina**, “La Autonomía de la Voluntad, la Fuerza Obligatoria del Contrato y el Principio de la Buena Fe” en *Contratos- Homenaje a Marco Aurelio Risolía* (Abeledo Perrot, 1997).
- **Félix Trigo Represas**, “Excepción de Incumplimiento Contractual” en *Contratos- Homenaje a Marco Aurelio Risolía* (Abeledo Perrot, 1997).
- **Fernando J. López de Zavalía**, *Teoría de los Contratos- Tomo 1- Parte General.* (Editorial: Zavalía, 1997).
- **Juan Carlos Cassagne**, “Sobre la Sustantividad del Contrato Administrativo y su recepción a través de la Doctrina y de la Jurisprudencia de la Corte Suprema” en *Contratos- Homenaje a Marco Aurelio Risolía* (Abeledo Perrot, 1997).
- **Atilio Aníbal Alterini**, *Contratos- Civiles- Comerciales- de Consumo- Teoría General-* (Abeledo Perrot, 1998).
- **Agustín Gordillo**, *Tratado de Derecho Administrativo- Tomo II- La Defensa del Usuario y del Administrado-* (4 edición- Fundación de Derecho Administrativo, 2000).