

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A QUEBRAR

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO BANKRUPTCY

JAVIER A. LORENTE¹

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Lorente, Javier A., “El derecho constitucional a quebrar”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 16, 2023, pp. 85-115.

I. UNA DIGRESIÓN INICIAL: TESTIMONIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS, ENSEÑANZAS RECIBIDAS Y VALORACIÓN DEL CONOCIMIENTO PERSONAL

Mi vínculo con el destinatario de este homenaje se remonta a agosto de 1983, cuando quien escribe estas líneas comenzaba la carrera de abogacía en la Universidad de Buenos Aires. Para poner dicha época en contexto histórico, se trataba de meses de alta ebullición po-

1. Abogado (UBA). Máster en Administración de Empresas (Executive MBA, Universidad Di Tella). Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y de numerosas entidades vinculadas con Insolvencias y Quiebras. Profesor regular Adjunto de Derecho Comercial (UBA). Docente de posgrado en diversas universidades del país. Correo electrónico: jal@lorentelopez.com.

lítica previos a las elecciones que en octubre de 1983 pondrían fin a siete años de gobierno militar.

Como orgulloso adolescente², recién afiliado al más republicano de los partidos políticos argentinos (la Unión Cívica Radical), cursé las tres materias obligatorias de aquel primer semestre. Una de ellas, precisamente, derecho político, en la Cátedra del doctor Germán Bidart Campos y el adjunto a cargo, el doctor Orlando Juan Gallo (“Gallo”).

La euforia democrática del momento *versus* un profesor de derecho político que era Juez Federal designado por el gobierno de facto cuyo pensamiento se ubicaba a la derecha del espectro de entonces³ y que, para llegar al epítome de lo políticamente “incorrecto” (desde mi estrechísima y adolescente visión), frente a la pregunta ineludible de por quién votaría Gallo el domingo 30 de octubre de 1983, nos espetó una de sus inagotables frases polémicas que, cual aguijón, fuera que las creyera o no, estaban llamadas a capturar irremediamente el interés eterno del oyente: “(...) debiera votar a Ítalo Luder por obligación y a Herminio Iglesias por convicción”⁴.

2. Tan, pero tan joven que ni siquiera pude votar en aquella elección, pues si bien por entonces ya tenía 18 años, el “corte” para la formación del padrón electoral había sido al 30/06/1983, cuando todavía no había alcanzado dicha edad.

3. Ello suponiendo superar la denominada “hemiplejía moral” que acuñó Ortega y Gasset en el prólogo de la versión francesa de *La rebelión de las masas* (publicada en mayo de 1937), ya que en lo personal y lo institucional, fuera ejerciendo la docencia, la judicatura y/o cumpliendo funciones como diputado nacional, Gallo fue siempre y esencialmente republicano.

4. Cabe recordar que Ítalo Argentino Luder era el candidato a presidente del Partido Justicialista, un hombre moderado, con formación profesional (más precisamente abogado constitucionalista) y con comprobados antecedentes político-institucionales. En tanto que Herminio Iglesias era un clásico agitador, un hombre sin formación profesional, que el Partido Justicialista llevaba como candidato a la gobernación de Buenos Aires en 1983 y que, días previos a aquel histórico domingo 30 de octubre de 1983, durante el acto de cierre de campaña del Partido Justicialista en el obelisco, prendió fuego un cajón en forma de ataúd con las siglas de la Unión Cívica Radical, frente a una multitud, en el centro del palco y enfocado por todos los canales de televisión. Era inconcebible para cualquiera de aquellos 40 o 50 alumnos que, independientemente de la bandería por la que nos inclináramos, digiriéramos que nuestro profesor de derecho político, abogado, constitucionalista y juez federal mencionara como una posible “convicción” a quien resultaba una caricatura de la política, pero

Otras frases que recuerdo aún hoy como si las hubiera escuchado recién: “Todo sistema político en tanto tiene algo de orden, tiene algo de bueno” (expresión versionada de la frase de Goethe, “prefiero la injusticia al desorden”).

O aquella que, respondiendo a otra pregunta de “rigor”, esto es, ¿qué es primero: pensar o comer? La tremenda respuesta: “En orden a lo esencial lo primero es pensar, en orden a lo existencial lo primero es comer”. “El fin «especifica» los medios” (parafraseando y, a la vez refutando, la archiconocida expresión que resume las ideas de Maquiavelo de que el fin “justifica” los medios).

La calidad de las clases era extraordinaria. La capacidad docente, imbatible. Las ideas que transmitía, siempre pétreamente sostenidas en una visión filosófica de basamento aristotélico-tomista, formidables. Supongo hoy, a la distancia, que por el ámbito en que eran impartidas las clases (la UBA), Gallo cuidaba celosamente en sus exposiciones no sobreabundar en referencias a la Doctrina Social de la Iglesia como fundamento del sistema jurídico en su todo, pero, innegablemente, las había de modo tácito y permanente.

Como fuera, algunos aprendizajes filosóficos (como la respuesta al problema de los universales), evitando los extremos nominalistas⁵ e idealistas⁶, y que descubría la respuesta aristotélica a ellos: el realismo⁷, la posibilidad del ser y no ser al mismo tiempo (ser *en acto* y ser *en potencia*), la certeza de que, si acaso todos advertimos que existe un innegable orden en la naturaleza de las cosas, ello supone necesariamente la existencia de un primer “ordenador” (el primer motor universal de Aristóteles), o bien aquellos conceptos básicos de análisis del Estado y sus causas (material, formal, eficiente y final, esta

que, de algún modo, por contrafigura, venía a representar la necesaria ruptura con modos agotados de esa noble actividad.

5. Por aquella frase atribuida a Heráclito de que “Nadie se baña dos veces en el mismo río”.

6. Genialmente descrita por Platón en su famosa *Alegoría de la caverna* (*La República*, Libro VII).

7. Que a través de la percepción que nos dan los sentidos sobre las cosas (el mundo sensible) se puede aprender y aprehender la esencia de los seres (el orden inteligible).

última descripta como “la causa de las causas”), del individuo como ser social o, más precisamente, político (no solo gregario, como muchos otros animales, pero el único capaz e inclinado a modificar la estructura social en la que se desarrolla⁸). La subordinación de las demás ciencias sociales (ni más ni menos que la propia ciencia jurídica o, incluso, la economía) a la ciencia política, el concepto mismo de bien común como verdadero fin al que deben ordenarse todos los derechos y libertades del hombre y la autoridad del estado (tomado en nuestro Preámbulo como “bienestar general”), y tantas otras herramientas fundamentales en la formación de cualquier persona (y obviamente de un abogado), fueron todos conocimientos aprendidos y aprehendidos en aquella materia y con ese formidable profesor.

Tan “enganchado” quedé con Gallo y con sus clases de aquel segundo semestre de 1983 que, sin más interés que el propio deseo de mejorar mi formación bajo su guía, cursé dos programas completamente optativos (que no me otorgaban ninguna calificación universitaria ni beneficio de “puntos”), en los años 1984 y 1985⁹. Y aún antes de completar mis estudios como abogado (agosto de 1987), ya había comenzado a dar clases bajo su cuidado, primero como profesor alumno y, luego, como ayudante graduado, en su curso de derecho político de la UBA y en la materia derecho constitucional de la Universidad Católica Argentina¹⁰.

En lo estrictamente laboral, me cupo el honor de desempeñarme como su asesor legislativo¹¹, durante su corto paso por la Honorable

8. El *Zoon politikón* del Estagirita.

9. Ambos dictados por el propio Orlando J. Gallo y por los cuales, sin temor a equivocarme, no recibí ningún tipo de remuneración por parte de la entonces Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA), a saber: “Los Pensadores del Iluminismo” (Locke y Rousseau), en 1984; y “La influencia del Pensamiento Escolástico en la Revolución Americana”, en 1985.

10. Casa de estudios donde luego seguí impartiendo clases de derecho constitucional durante otros muchos años, pero en la cátedra del doctor Roberto Antonio Punte, a quien desde aquí agradezco no solo aquellos años compartidos de docencia del derecho constitucional sino, enfáticamente, su invitación a participar –con estas líneas– en homenaje a Gallo.

11. En la Comisión de Peticiones - Poderes y Reglamentos y en la Comisión de Legislación General.

Cámara de Diputados de la Nación (entre los años 1994 y 1995), donde, debo cobfesar, obtuve un rédito académico muchísimo mayor que cualquier retribución económica, pues colaboré con Gallo en tiempos de la Convención Constituyente que derivó en la reforma constitucional del año 1994¹² y durante el tratamiento legislativo y ulterior sanción de tres leyes de derecho “privado” que constituyeron verdaderas bisagras en nuestro derecho mercantil: la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción N° 24.441 (que introdujo la figura del Fideicomiso), la Ley de Cheques N° 24.452¹³ y la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522¹⁴.

El impacto que me provocó Gallo como joven estudiante de derecho de la Universidad de Buenos Aires fue mucho, pero mucho más allá de mi formación jurídica. Indudablemente, mi temprana inclinación por el derecho constitucional se la debo enteramente a él¹⁵, pero sus enseñanzas fueron mucho más profundas. Me enseñó a pensar. Me enseñó a cuestionar cualquier tesis política. Me demostró que es posible cuestionarse lo incuestionable. Me enseñó a enseñar. Como expresé más de una vez, durante toda mi carrera universitaria tuve muchos profesores, algunos de ellos con “P” mayúscula, pero solo un Maestro.

12. Que me permitió publicar mi primer libro: Lorente, Javier A., *Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Comentario a la Reforma 1994*, Buenos Aires, Ediciones Profesionales Gowa, 1994.

13. Que me llevó a publicar mi segundo libro en coautoría: *Nueva Ley de cheques. Ley 24.452. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, Ediciones Profesionales Gowa, 1ª edición año 1995, 2ª edición ampliada y actualizada año 1996, junto con Roberto Alfredo Muguillo.

14. Temática que, a su vez, alumbró mi cuarto libro: *Nueva ley de concursos y quiebras Ley 24.522. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, Ediciones Profesionales Gowa, 1995.

15. Además de la docencia universitaria en el ámbito del derecho público por algo más de diez años (derecho político en la UBA y derecho constitucional en la UCA), también me permitió colaborar en sendos libros de derecho constitucional (Bidegain, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, 1996, colaboración en el tomo IV sobre el punto Ministerio Público. Dos años más tarde, se publicó *Constitución de la Nación Argentina con su articulado concordado entre sí y con el de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional*, Ediciones Centro Norte, 1998, en coautoría con Ernesto Máximo Rodríguez, antes de pasarme definitivamente al derecho comercial).

Ya alejado desde hace muchísimos años del estudio profundo del derecho constitucional¹⁶, y desde hace tiempo especializado en derecho concursal (tanto académica como profesionalmente), y no sin algo de osadía o desparpajo, vayan estas ideas a continuación que constituyen un “cruce de caminos” entre mi viejo e inolvidable amor (el derecho constitucional) y mi actual amor (el derecho concursal), en homenaje a Gallo: *Magister magistrorum*.

II. EL DERECHO A QUEBRAR COMO DERECHO “HUMANO”¹⁷, COMO DERECHO CONSTITUCIONAL O COMO DERECHO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL

2.1. El derecho humano a quebrar

Comencemos por lo básico: ¿qué es el derecho a quebrar?

Describo como “derecho a quebrar” la potestad inalienable que tiene toda persona humana de acceder a un proceso concursal *liquidatorio* (quiebra) llevando todo su patrimonio (activos y pasivos), o al menos una gran parte de este¹⁸ y, sujeto a ciertas restricciones¹⁹, ob-

16. Ningún abogado que se precie de tal puede jamás abandonar del todo el estudio del derecho constitucional.

17. Más allá de la comodidad del uso, y de la facilidad de interpretación para el destinatario, sigo hoy, cuarenta años después, resistiéndome a la simplificación de calificar a los derechos subjetivos fundamentales, a los derechos constitucionales, como derechos “humanos”. Gallo claramente no lo aprobaría. El derecho es, en todas sus formas y en todos sus ámbitos, precisamente, una creación del hombre y para el hombre, y las normas protectoras de toda forma de vida se justifican por su vinculación con hechos y actos humanos.

18. Pues es razonable (art. 28, CN) reglamentar que ciertos activos de dicho patrimonio (por ejemplo, los bienes inembargables, art. 108, inc. 2º de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522) y ciertos pasivos que aquejan al mismo (por ejemplo, deudas alimentarias, deudas laborales o para con acreedores “involuntarios” nacidas a partir del obrar ilícito del deudor) sean excluidos.

19. Obviamente no pretendo afirmar que el derecho a quebrar sea un derecho constitucional absoluto, pues no existe tal cosa. Todos los derechos constitucionales son relativos, y sujetos a reglamentación razonable.

tener la exoneración de sus pasivos anteriores al decreto de quiebra, y su capacidad de construir un nuevo patrimonio, sin tener que soportar por el resto de su vida útil las consecuencias perniciosas de un anterior fracaso patrimonial.

Es lo que el derecho concursal anglosajón, desde hace aproximadamente dos siglos atrás, describe como *discharge*, que en nuestro lenguaje concursal autóctono hemos denominado “liberación” de los saldos insolutos²⁰, pero al que en lenguaje concursal español puede denominarse “exoneración” de pasivos (como propiamente se hace en España) o “descargue” de pasivos (denominación utilizada en Colombia y Chile) o, finalmente, la *esdebitazione* (como se la rotula en Italia).

Se trata de un derecho aparecido en la primera mitad del siglo XIX en Inglaterra²¹, pero que alcanzó su plena “democratización” hacia fines del mismo siglo en Estados Unidos (en 1898)²². Si bien,

20. Lorente, Javier A., “Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal. (Primera Parte)”, *El Derecho*, N° 9387, 25/11/97, pp. 1 a 4; e “Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal. (Segunda Parte)”, *El Derecho*, N° 9400 del 15/12/97, pp. 1-6.

21. Si bien el origen del “descargue” de pasivos en el derecho concursal inglés se remonta al año 1705, no fue sino hasta mediados del siglo XVIII en que evolucionó del modo que se lo entiende hoy día, “y ya no era un mecanismo disuasorio sino un derecho del comerciante honesto frente a las consecuencias de su mala suerte, como lo señaló un juez de la época, esto es, para el comerciante honesto pero desafortunado. Aunque inicialmente era solo para los comerciantes, en 1861 la corte amplió el «descargue» a cualquier persona, cubriendo por tanto al ciudadano corriente patrimonialmente caído en desgracia” (véase Rivera Andrade, Diana, “Perdón y Olvido en la Insolvencia de la Persona Natural”, en *Estudios de derecho concursal uruguayo, cátedra de Derecho Concursal*, Tomo VII, Universidad de Montevideo, pp. 211-250, con cita de Jackson, Thomas H., “The fresh start policy in bankruptcy law”, *Harvard Law Review*, vol. 98 núm. 7 (mayo 1985), pp. 1393 y 1448).

22. Cuando la *Bankruptcy Act* “estableció el «descargue» del deudor sin consentimiento del acreedor y sin condición alguna de comprometer sus ingresos futuros”. En 1915, el fallo *Williams vs. United States Fidelity Comp.*, 236 U.S. 549 (1915) “estableció que la finalidad de la ley de quiebras de 1898 consistía en convertir los activos en recursos líquidos para pagar a su masa de acreedores, relevar al deudor honesto de la opresión de sus acreedores insolutos y permitirle a él un nuevo comienzo superando las deudas y responsabilidades que le trajo el infortunio de sus negocios”. Es que, en los inicios del siglo XX, eran los asalariados (es decir, consumidores) los que acudían a la bancarrota. En 1978, la ley de reforma de bancarrotas, comúnmente identificada

originariamente, era admitido en sistemas concursales de raíz anglosajona, es hoy una tendencia uniforme en todo el derecho concursal comparado: en el caso de la Argentina desde 1995²³, en Colombia desde 2012²⁴ y en España desde 2015²⁵ (aunque reafirmado en la nueva legislación concursal desde septiembre de 2022 por la transposición de la Directiva Europea de 2019) e Italia en 2022²⁶.

En síntesis, el derecho a quebrar, y subsecuentemente a obtener una rehabilitación del sujeto fallido, tiene por propósito, en miras al respeto a la dignidad del hombre, evitar que un sujeto deudor tenga

como el *Bankruptcy Code*, “reconoció el protagonismo del consumidor, fortaleciendo su «descargue», basado en su incapacidad para evaluar el riesgo y la agresividad del mercadeo del crédito”. Rivera Andrade, Diana, “Perdón y Olvido en la Insolvencia...”, en *op. cit.*

23. Cuando se legisló, de modo casi no intencional, el *discharge*, exoneración o descargue de deudas a partir del juego “armónico” de los arts. 236 y 107, LCQ. El *cese de la inhabilitación*, “además de las consecuencias personales sobre el fallido, produce un importante efecto patrimonial, ya que importa la liberación del deudor fallido respecto de los saldos insolutos, puesto que si todos los bienes que ingresan al patrimonio del fallido mientras no está rehabilitado son aplicados al pago de las deudas concursales (arts. 106, 107 y ss. de la Ley N° 24.522), entonces –a *contrario sensu*– los bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación (hoy cese de la inhabilitación) no quedarán sometidos a la liquidación falencial. Igual solución disponía la Ley N° 19.551 en sus arts. 110, 111 y ctes., pues impedía que los bienes adquiridos por el fallido luego de rehabilitado fueran sometidos al despoDERAMIENTO y liquidación falencial”. Barreiro, Marcelo; Lorente, Javier y Truffat, E. Daniel, “La rehabilitación y el cese de la inhabilitación. Una diferenciación necesaria”, ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 2023, Comisión II: Concursos. Principios y presupuestos del Derecho Concursal en el s. XX”, pp. 9-11 disponible en <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2023/10/Ponencias-Comision-2-Concursos.pdf> (consultado el 27/11/2023).

Véase, también, Lorente, Javier A., “Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal. (Primera Parte)”, *El Derecho*, N° 9387, 25/11/97, pp. 1 a 4; e “Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal. (Segunda Parte)”, *El Derecho*, N° 9400 del 15/12/97, pp. 1 a 6. Lo que fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el fallo *Barreiro, Ángel*, 2/2/2010, *Fallos*: 335:5.

24. Código General del Proceso, arts. 565 y concordantes.

25. Ley de “segunda oportunidad” N° 25/2015, de 28/7/2015.

26. *Codice della Crisi e dell' Insolvenza*, texto de 2019, pero que con motivo de la pandemia de COVID-19, su entrada en vigor fue postergada hasta el 16 de mayo de 2022.

que cargar todo el resto de su vida con la “mochila” de haber fracasado patrimonialmente y quedar *per secula seculorum* obligado a pagar todos los pasivos nacidos con anterioridad al decreto de quiebra.

Es el derecho humano, constitucional o subjetivo fundamental, ínsito en la propia naturaleza humana y en el respeto a la dignidad del hombre, al *discharge* de sus pasivos (aunque no de todos, como ampliaré más abajo).

2.2. Problemas filosófico-jurídicos que plantea el discharge. La visión protestante y la católica del derecho concursal

Filosóficamente, la idea de una rápida rehabilitación del quebrado, resultante de la armonización de los artículos 107 y 234 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522²⁷ (LQC), es, como tantos otros aspectos de la reforma concursal de 1995, tributario de la ley de bancarrotas norteamericana. Pero una cosa es asimilar, o aun copiar, un instituto jurídico, y otra muy distinta es compatibilizar los criterios filosófico-jurídicos que respaldan a una norma en uno y otro sistema.

La “filosofía” que alienta al *Bankruptcy Code*²⁸ se observa con claridad en *Local Loan Co. vs. Hunt*, una de las sentencias más referidas en la materia, en la que se indicó que uno de los objetivos primarios

27. Me considero algo escéptico respecto a que la incorporación a nuestra LCQ de un instituto análogo al *discharge* anglosajón haya sido resultado de un propósito claramente querido y buscado por el reformador concursal de 1995, sino que, antes bien, parece ser resultado de una feliz coincidencia.

28. La doctrina y jurisprudencia norteamericana suelen referirse con este término a la *Bankruptcy Reform Act* de 1978, con sus modificaciones leves ocurridas en 1984, 1986, 1994, la más significativa de 2005 (la BAPCPA –*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*–, rótulo bastante engañoso si se me permite) que, entre otras cosas, incorporó el Capítulo 15 de insolvencia transfronteriza y la más reciente reforma del año 2019, la SBRA (*Small Business Reorganization Act*), cuya vigencia comenzó a operar a partir de febrero de 2020 e introdujo el Subcapítulo V (dentro del Capítulo 11) para procesos concursales de reestructuración de deudas para empresas pequeñas. La expresión *Bankruptcy Act* suele reservarse para la norma de 1898, cuya sorprendente vigencia se extendió a ochenta años.

de la ley de bancarrotas apunta a aligerar la carga del *deudor honesto pero desafortunado del peso opresivo del endeudamiento, permitiéndole un fresco y nuevo comienzo*²⁹.

Pero al analizar el intento (¿voluntario?) de translación de aquel instituto legal anglosajón a un medio ambiente jurídico diferente en nuestra Ley de Concursos y Quiebras de 1995, fue cuando las enseñanzas adquiridas de Gallo hacía tanto tiempo atrás se hicieron utilísimas. Es innegable que toda ley –cualquiera ella sea– está impregnada, en mayor o menor medida, de la filosofía política que da sustento y razón de ser a todo ordenamiento jurídico. Profundizando un poco más se descubre que toda concepción política se apoya necesariamente en una cierta concepción del hombre, aunque ella no aparezca de un modo claro y abierto³⁰.

Como último eslabón de razonamiento, se debe concluir que toda concepción antropológica se funda en la idea que se tenga de la relación entre el hombre con su Dios, lo que ha llevado a Proudhon a sostener que detrás de toda gran cuestión política existe una concepción teológica³¹.

Valga todo este preludeo para explicar que el sistema de bancarrotas norteamericano encuentra su fundamento último en el pensamiento calvinista que innegablemente inspira los ordenamientos jurídico-políticos anglosajones y, muy especialmente, el de Inglaterra y de los Estados Unidos, pero también todos aquellos que son tributarios del sistema inglés (por ejemplo, de países como Australia, Canadá, Singapur, entre muchos otros).

La idea de Calvino sobre la salvación del hombre reposa en el concepto de que la predestinación divina es objetivamente comprobable. Los signos de ella son, por un lado, la vida virtuosa con una pun-

29. *Local Loan Co. vs. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934), citado por Alces, Peter A. y Howard, Margaret, *Bankruptcy. Cases and Materials*, St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1995, p. 11.

30. Gallo, Orlando J., "Raíz rousseauiana y raíz calvinista en la democracia contemporánea", separata *Prudentia Iuris*, n° 24/25, julio/diciembre, 1990, p. 48.

31. Véase Rommen, Heinrich, *El estado en el pensamiento católico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, año 1956, pp. 70 y ss., citado por Gallo, Orlando J., "Raíz rousseauiana...", *op. cit.*, p. 48.

tillosa observancia de los preceptos bíblicos y, por el otro, la laboriosidad, el puntual ejercicio de su profesión u oficio, el éxito económico³², entre otros³³. En lo que al perfil de comerciante se refiere, el resultado de todo este concepto religioso, social y político es la tendencia a ser gentes austeras, moralmente intachables y severamente preocupadas por el éxito en los negocios.

En este marco tiene perfecta coherencia el régimen del *discharge*³⁴, puesto que el quebrado tiene un ignominioso signo de rechazo divino, precisamente por su fracaso en los negocios. Para evitar una natural tendencia hacia la desesperación, el ordenamiento jurídico debe brindarle al fallido una solución rápida y eficaz a su situación, que le permita retomar los negocios y triunfar en ellos, demostrándose a sí mismo y a los demás que ha sido objeto de predilección divina. Todo este proceso debe ir acompañado de una sólida ética puritana.

Pero el trascendente cambio legislativo en 1995, que se derivó de la rápida absolución del comerciante fallido como consecuencia del cese de inhabilitación, con que innovó la Ley N° 24.522, siguiendo el modelo del *discharge* del Bankruptcy Code de 1978, importó –entonces– la aplicación de un régimen jurídico pensado para un ordenamiento jurídico muy diferente del argentino, con fuentes y orígenes totalmente diversos y, lo que es más importante, orientado hacia personas cuyos principios religiosos, morales, sociales, y aún mercantiles, son completamente dispares. Por eso no sorprende que en otros países la idea del *discharge* anglosajón haya sido tan difícil de adoptar, adaptar o bien, cuando se lo hizo, lo fue del modo más restrictivo posible.

En el cultivo de las contradicciones que dañan la convivencia, se ha malinterpretado el concepto evangélico de pobreza de modo que se ha derivado a una idealización del “pobrisimo”. Lo cierto es que la desigualdad extrema integra parte de aspectos dolorosos de la realidad ante la cual debemos, como sociedad, reaccionar y superar, sin

32. Tal idea es magistralmente expuesta por Max Weber en su obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*.

33. Gallo, Orlando J., “Raíz rousseauiana...”, *op. cit.*, p. 51.

34. Liberación del deudor respecto de todas las deudas concursales, hayan podido o no ser satisfechas total o parcialmente, salvo de aquellas que expresamente están excluidas de tal exoneración por el propio *Bankruptcy Code*.

caer por ello en la idolatría de la riqueza, otra forma de esclavitud que también deshumaniza.

A esta altura, una asombrosa³⁵ cita de Cesare Vivante servirá para esclarecer el concepto, puesto que, al analizar las particularidades de la legislación de bancarrotas anglosajona –hace casi un siglo atrás–, el maestro italiano decía:

“Este sistema se explica en un pueblo trabajador, honrado y enérgico, que quiere abrir camino de la redención económica a la víctima de una crisis: un quebrado que debe trabajar el resto de su vida para pagar deudas atrasadas pierde toda su energía, es un ciudadano aniquilado, y la ley lo salva redimiéndolo de sus débitos. El sistema encierra un alto valor moral y social; en un ambiente de jueces severos y probos puede dar a la ley la compensación de resultados beneficiosos. Pero donde el ambiente es moralmente enteco y el juez se deja llevar fácilmente por actos de clemencia, este procedimiento aumenta las posibilidades de fraude y aleja para los acreedores la esperanza de obtener aquellos extremados sacrificios del quebrado o de sus parientes capaces de mitigar la pérdida”³⁶.

Pero el derecho concursal iberoamericano (de innegable raigambre católica) no puede seguir viendo la exoneración de deudas como lo hacía hace cien años. La prueba irrefutable de ello es que, tanto Italia como España han receptado (adaptándolo) el *discharge* anglosajón, a través de la *esdebitazione* y la exoneración (respectivamente). A nivel Latinoamérica, además del ejemplo argentino, también lo han tomado las legislaciones de Brasil, Colombia y Chile (estas últimas durante el siglo XXI en curso).

35. Fue Gustavo A. Esparza quien aportó esta imperdible cita de Vivante durante su exposición en la conferencia “Nueva Ley de concursos y quiebras”, dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino (FASTA), Mar del Plata, septiembre de 1995.

36. Vivante, César, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, p. 374.

2.3. *El derecho humano a quebrar como manifestación del derecho a la dignidad del hombre*

De un conocido *concurralista* argentino, transcribo de modo literal las siguientes expresiones, que describen la plataforma fáctica de lo que él rotula como derecho humano a la “rehabilitación concursal”³⁷. Si bien la denominación de Truffat luce como técnicamente más adecuada, mi preferencia, por la potencia de su nombre, es la del “derecho a quebrar”.

Dice Truffat que el instituto bajo análisis:

“(…) gira y se aplica primordialmente a los vencidos. A los derrotados de la vida. A los que no supieron o no pudieron perseguir y concretar no se diga el éxito, pero al menos, la medianía. Y que si alguna vez cataron el éxito o la bonanza fue, en general, de modo efímero y sobre bases endebles. Pero vencidos que –al menos aspiracionalmente– no bajan los brazos y tras un dantesco tropezón apuestan por levantarse y seguir adelante. Derrotados que muchas veces asumen la dignidad que proclama Borges³⁸. La respuesta legal usual al máximo fracaso económico –la liquidación de la hacienda de aquél que está irremediable e insuperablemente en cesación de pagos– admite un epítome en tal incómoda posición: **la existencia de saldos insolutos al concluir la quiebra**”³⁹.

Y luego, posa la mirada sobre la persona humana deudora que cayó en quiebra, que le liquidaron sus activos y que no logró saldar todos sus pasivos, y continúa explicando Truffat:

37. Truffat, E. Daniel, *La rehabilitación concursal vista desde el ángulo de los derechos humanos*, trabajo de Tesis Posdoctoral, Universidad de Bologna, programa Altos Estudios Posdoctorales en Derecho para Doctores Iberoamericanos, director de tesis: doctor Jorge Alejandro Amaya, inédita aún (por lo que agradezco al autor que me la haya compartido).

38. Cita Truffat, en su trabajo, la frase de Jorge Luis Borges: “La derrota tiene una dignidad que la ruidosa victoria no conoce”.

39. El resaltado está en el original.

“Aquél que queda debiendo «sine die» –mientras el o los acreedores cuenten con acción para reclamar– parece arrojado a un círculo infernal que bien podría ser el octavo de los que cantó el Dante, dado que estos deudores perennes son asimilados usualmente a los defraudadores.

Y no estoy diciendo que no haya muchos abusadores que no se privan de recurrir, entes relacionales (personas jurídicas) de por medio, a recursos innobles, a artificios, a maquinaciones para tomar ventajas de la buena fe de algún grupo de acciptions o de alguno en particular y que usualmente esas quiebras –cuando las sociedades que emplean llegan a tal situación– presentan ingentes saldos sin atender. Pero también digo, y es el núcleo de esta investigación, según anticipé, que muchas veces estamos ante simples vencidos de la vida. Ello es lo que suele ocurrir con las quiebras personales que concluyen sin atender la totalidad del pasivo o cuando, casi un escándalo, no hay fondos para honrar siquiera los gastos del juicio. Esto aquí suscita clausura por falta de activo y comporta presunción de fraude. No suelen ser pillos o defraudadores lo que están en esa situación. Esos son, usualmente, los derrotados que refería *supra*⁴⁰.

40. Aporta Truffat, E. Daniel, en *La rehabilitación...*, información pública que le proveyera Hugo Anchaval: “Informe de gestión: Estudio sobre endeudamientos de familias de sectores populares urbanos, mayo 2022, Convenio Ministerio de Desarrollo Social y Universidad Nacional de San Martín. Si se unen las dos ideas mencionadas, a saber, el carácter ubicuo de las finanzas en la vida cotidiana de las personas para gestionar la multiplicidad de sus necesidades, aspiraciones y deseos, y las desigualdades en su acceso y condiciones, puede pensarse el endeudamiento como el eje a partir del cual se estructura la nueva cuestión social a nivel global (Wilks, 2020 y 2021). Por un lado, porque el acceso a derechos básicos como la vivienda, salud, educación y hasta la alimentación, que habían estado vinculados a la relación salarial en las sociedades industriales, ahora se encuentra mediado por la capacidad de los hogares de obtener financiamiento en un muy heterogéneo y desigual mercado del crédito, lo cual supone una fragmentación del acceso a dichos derechos. La denominada inclusión financiera suele pensarse como una mejora en las condiciones para que las personas accedan, entre otras cosas, al mercado formal del crédito, especialmente en términos de la incorporación de una serie de conocimientos y aptitudes por parte de los individuos. De esta forma, y, en segundo lugar, la problemática del endeudamiento no alude simplemente al acceso o no al crédito, sino además a la heterogeneidad de sus formas y condiciones. Créditos prendarios o hipotecarios, titularidad de tarjeta de crédito, préstamos personales bancarios, préstamos en efectivo a sola firma en entidades no bancarias ni financieramente reguladas, créditos en locales comerciales, prestamistas informales o sistemas de crédito comuni-

Y para concluir –al menos por ahora– con la cita de Truffat, dice en su tesis posdoctoral:

“Frente al fenómeno del «insoluto» la ley debe prever cómo solucionar diversas cuestiones: ¿Tras discurrir el trámite falencial, subsiste dicho pasivo? Por el contrario, ¿se extingue aun cuando el deudor no sea tenido por alguien que actuó de buena fe?, ¿en vez de extinguirse se crean dos masas activas, una vieja que responde al pasivo concursal (teóricamente) y una nueva, inmune a antiguos reclamos?, ¿esa inmunidad es absoluta o hay créditos que la ultrapasan?

Todo esto dispara notables temáticas en derredor de los Derechos Humanos implicados⁴¹. Y por eso me atengo a las personas físicas. NO se me oculta que detrás de las relaciones que titularizan las personas morales siempre hay personas humanas y ello permite recurrir a la cantera normativa de los derechos humanos (tal y como recordó al Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re* «Cantos vs. República Argentina», 28 de noviembre de 2002) pero aquí he decidido encarar un estudio e investigación de las cuestiones que plantea el *discharge* en su vínculo con las personas humanas y con la tutela que les es debida. No solo respecto de los más vulnerables, de los vencidos ya citados. Dado que, en la otra orilla del río, en el sub universo de acreedores también hay personas humanas cuyos derechos y dignidad debe preservarse⁴².

tarios –por nombrar solo algunas– presentan condiciones muy diferentes, con mayores o menores grados de formalidad e informalidad, legalidad e ilegalidad, presencia del Estado y disímiles tasas de interés” (p. 3).

41. También replicando datos provistos por Anchaval, con cita de: Resnick, Alan N., “Prudent Planning or Fraudulent Transfer? The Use of Nonexempt Assets to Purchase or Improve Exempt Property on the Eve of Bankruptcy”, *31 Rutgers L. Rev.*, 1978, pp. 615, 621 (en el que se afirma que las exenciones deben promover una de las cinco políticas sociales). Estas cinco políticas sociales son: (1) proporcionar al deudor los bienes necesarios para su supervivencia física; (2) proteger la dignidad y la identidad cultural y religiosa del deudor; (3) permitir al deudor rehabilitarse financieramente y obtener ingresos en el futuro; (4) proteger a la familia del deudor de las consecuencias adversas del empobrecimiento; (5) trasladar la carga de proporcionar al deudor y a su familia un apoyo financiero mínimo de la sociedad a los acreedores del deudor.

42. Truffat, E. Daniel, *La rehabilitación concursal...*, op. cit.

Y de otra concursalista y profesora extraigo la siguiente frase: “(...) tenemos el convencimiento que existe un derecho del deudor persona humana a liberarse de una vez para siempre de lo que no le resulte posible afrontar en el procedimiento de insolvencia o de tratamiento de su crisis, luego de que se cumplan los presupuestos necesarios para obtener el beneficio”⁴³.

Y, en tesis que comparto, continúa diciendo García:

“El reconocimiento en cada hombre y mujer, de un valor en sí mismo/a, de una dignidad, constituye hoy un principio del derecho contemporáneo. Este principio tiene hoy reconocimiento expreso en el CCyC (art. 51) y se expande a todo el ordenamiento como principio general del derecho, con jerarquía constitucional. Da fundamento también a la inejecutabilidad de ciertos bienes. Pues bien, hace a la dignidad del deudor, garantizarle su plena reincorporación en la actividad productiva, su reinserción económica plena”⁴⁴.

En similar sentido, aunque limita el análisis solo al deudor persona humana, consumidor sobreendeudado (restricción que no comparto, pues creo que un pequeño comerciante o emprendedor –persona humana– goza de idéntico derecho constitucional), se ha sostenido que:

“Se busca proteger conjuntamente los derechos de los acreedores y la dignidad del deudor. Entonces, cabe preguntarse: ¿En qué con-

43. García, Silvana Mabel, “Volver a empezar... sin el peso de las deudas”, *Revista DECONOMI*, publicación del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año III, número 3 (Pandemia y emergencia empresarial).

44. García, Silvana Mabel, “Volver a empezar...”, con cita de Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, Tomo I, segunda edición actualizada, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 32.

siste el respeto por la dignidad del deudor, si es que no lo dotamos de herramientas legales que le permitan sanar su estado de insolvencia, sin ser castigados por ella? La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos”⁴⁵.

Bien apuntan los autores citados que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Pupelis*⁴⁶, conceptualiza a la dignidad humana como el núcleo a cuyo alrededor gira la organización de los derechos fundamentales del hombre y de la Constitución Nacional. Y como he de ampliar, hay derechos subjetivos fundamentales que existen antes que el derecho positivo. En sentido coincidente, los autores citados refieren: “La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 refuerza aún más este criterio, con el art. 75 inc. 22, la tutela hacia la vida y la dignidad de la persona. En cuanto al derecho a la vida, la Corte en innumerables fallos ha sostenido que ese derecho emerge necesariamente del reconocimiento del hombre y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal”⁴⁷.

Y concluyen: “Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el principio *pro homine* expresando que «en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derecho» (Comisión IDH, informe 35/07, caso 12.553 *Jorge, José y Dante Peirano Basso*, República Oriental del Uruguay, 1/5/07)”⁴⁸.

45. Ambrosini, Victoria y Coraita, Martín, “Desterrar la quiebra sanción”, *Revista DECONOMI*, publicación del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año VII - número 22, julio 2024 [en prensa].

46. CSJN, *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas - causa n° 6491*, sentencia del 14/5/1991, *Fallos*: 314:424.

47. Ambrosini, Victoria y Coraita, Martín, “Desterrar...”, en *op. cit.*

48. Ambrosini, Victoria y Coraita, Martín, “Desterrar...”, en *op. cit.*

2.4. ¿Por qué el derecho a quebrar es un derecho constitucional o un derecho subjetivo fundamental?

Nuestra Constitución Nacional, ya desde sus propios orígenes (1853/60), aunque claramente tributaria de la primera generación de derechos subjetivos fundamentales (enumerados, en esencia, en los arts. 14, 16, 17, 18 y 19, CN), con exquisita elegancia siempre reconoció la existencia de un número indeterminado de otros derechos “constitucionales”, no explícitamente enumerados, anteriores y superiores a la Constitución misma. Desde siempre, nuestro artículo 33, CN, reafirma la existencia de “otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Así, fácilmente puede decirse que los derechos sociales de la segunda generación constitucional (Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919, y nuestro art. 14 bis de 1957) ya existían como derechos constitucionales aún antes de su incorporación expresa al texto constitucional escrito. Y algo similar puede afirmarse respecto de los derechos constitucionales de tercera generación (Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁴⁹) incorporados explícitamente en los artículos 39, 40, 41, 42 y 43 de nuestra Constitución Nacional (en sus textos incorporados en la reforma constitucional de 1994), dado que todos ellos ya habían sido antes reconocidos como derechos constitucionales no enumerados antes de 1994.

Y por más que los derechos “humanos” se hayan expandido en grado sumo a través de la incorporación y constitucionalización de los tratados y convenciones sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) que tienen “jerarquía constitucional”, y que en el marco del artículo 31, CN, deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, el texto intocado en 1994 del artículo 33 de los derechos “no enumerados” (que, a mi parecer, serán siem-

49. Bidegain, Carlos M. y Gallo, Orlando; Palazzo, Eugenio L.; Punte, Roberto A. y Schinelli, Guillermo (colaboradores), *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 37.

pre los derechos “naturales” del hombre no enumerados de modo especial⁵⁰) sigue permitiendo reafirmar la existencia de otros derechos constitucionales más allá de la positividad de las leyes escritas, tanto nacionales como internacionales.

Así las cosas, un claro exponente de lo que podría considerarse un derecho constitucional de cuarta generación: el derecho de acceso a internet, aunque en la Argentina no tiene aún reconocimiento expreso en el texto constitucional ni en ningún tratado internacional⁵¹, y sí lo tiene en Estonia (desde el año 2000)⁵² y en México (desde el año 2013)⁵³, fácilmente puede considerárselo aprehendido por el artículo 33, CN.

Se ha dicho, al respecto: “Hay en esta cláusula una reserva poco menos que inagotable de derechos no enumerados, que la Corte Suprema va reconociendo a medida que lo exige el progresivo descubrimiento de la ley natural, en consonancia con el desarrollo de la conciencia moral del pueblo (...) el número de esos derechos no enumerados crece”⁵⁴.

En su tesis posdoctoral Truffat dice:

50. Bidegain, Carlos M. *et al.*, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 63, donde se recuerda que la fuente formal de nuestro art. 33 es la IX Enmienda a la Constitución norteamericana, que establece que cualquier enumeración de derechos constitucionales no puede ser interpretada como denegación o restricción de otros derechos fundamentales “retenidos por el pueblo”.

51. Si bien el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció en 2016 mediante una Resolución General de “Promoción, protección y disfrute de los DDHH en Internet”, A/HRC/32/L.20, disponible en https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf (consultado el 21/10/2023) (no obligatoria pero sí inspiradora a los Estados miembros).

52. Reconociendo al acceso a internet como un derecho humano inalienable.

53. Véase el art. 6º, que garantiza “la inclusión de la población a la sociedad de la información y del conocimiento y su acceso a las tecnologías de la información, incluyendo a la banda ancha e internet como servicios de telecomunicaciones, y declarando que éstos deben ser prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, acceso libre y continuidad”.

54. Bidegain, Carlos M. y Gallo *et al.*, *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 63-64.

“Y es fácil advertir que se da por cierto que toda persona tiene derecho a una segunda oportunidad.

La natural falibilidad humana y la circunstancia de que las personas somos a veces como hojas al viento frente a los empujones de la realidad (económicos, políticos, sociales, etc.) sirven como sólido sustrato material a esa certeza de la que se habla aquí.

Pero además de lo antedicho, que podría fungir como soporte moral a la convicción sobre que la segunda oportunidad es un auténtico derecho (y de esos derechos que hacen a la dignidad propia e intransferible de cada persona humana), cabe apuntar:

(a) Que el futuro es suficientemente impredecible (aún para las más poderosas IA especializadas en pronósticos con base probabilística) como para justificar que siempre «valga la pena» conceder esa nueva oportunidad,

(b) Que es de la esencia de nuestra especie aprender. Otros seres biológicos dependen de la evolución del conjunto y de aquello que genéticamente van adaptándolos al mundo que los rodea y sus cambios. Los sapiens –aunque tengamos la desagradable aptitud de tropezar dos veces con la misma piedra– solemos extraer enseñanzas de las experiencias previas. Esto aplica a quien pretende esta nueva chance,

(c) Que es contrario a la paz social y al avance del conjunto de las personas que la enorme energía creativa de una cualquiera de éstas quede restringida en su aplicación for ever,

(d) Que no hay nada más desmoralizante, y contrario al buen vivir colectivo, que negar a quienes fallaron la posibilidad de la redención (repárese en el término elegido y se advertirá que subjetivamente esa segunda ocasión se ve con la magnificencia de la salvación y justificación individual)⁵⁵,

55. Recuerda Truffat, en *La rehabilitación concursal...*, que hace sesenta años y para criticar la exigencia temporal de un trienio en quiebra –como mínimo– que traía la entonces vigente Ley N° 11.719 para admitir la rehabilitación, el maestro Malagarriga decía: “[...] en esta obligada espera se perjudica el interés general, al excluir, aunque sea temporariamente, de las actividades económicas independientes a personas que pueden encontrarse bien dotadas para ellas y las cuales, por lo tanto, de permitirles dedicarse nuevamente, de inmediato a las mismas, serían más útiles al país, que viéndose obligadas a trabajar por cuenta ajena durante un prolongado lapso (...)”, Malagarriga, Carlos C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963, tomo IV (Quiebras y prescripción), p. 365.

(e) Que la negativa a esta nueva oportunidad puede encubrir prejuicios contra quienes fallaron si estos integraran colectivos eventualmente postergados o que chocan con techos de cristal (las mujeres, los integrantes de minorías sexuales, las personas con educación media incompleta o carentes de ella, los pobres, los afrodescendientes, los integrantes de pueblos originarios, las personas mayores, las personas con capacidades restringidas, los inmigrantes, etc.),

(f) Que dejar a personas carentes de destino es una invitación al narcotráfico o a la trata, siempre listas para reclutar desvalidos.

Elementales reglas de sentido común, expectativa de progreso social e individual, obligación de aplicar medidas positivas de igualdad hacen hartamente exigible que se conceda y regule la referida nueva oportunidad al deudor, liberándolo de las consecuencias de su fracaso (arg. arts. 16, 20, 75, incs. 17 y 19, CN, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de la discriminación racial, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores)⁵⁶.

Según la Directiva Europea de insolvencia del año 2019, que los distintos estados europeos miembros ya han transpuesto (o deberán hacerlo en lo inmediato), la exoneración de pasivos es de incorporación obligatoria en sus regímenes concursales, no solo en beneficio de las personas humanas consumidores sobreendeudados, sino también para los que son empresarios sobreendeudados, los que han de tener acceso a la condonación o exoneración total de su deuda después de un período que no podrá exceder de tres años. Esto eliminará el estigma de la insolvencia y el fracaso empresarial, aumentará la tasa de autoempleo y fomentará el espíritu empresarial y la innovación en toda la Unión Europea. Al mismo tiempo, se establecen salvaguardias para evitar abusos y riesgos morales.

El tópico ya es motivo de sesudos trabajos académicos, entre los cuales, a simple guisa de ejemplo, y por su profundidad, recomiendo

56. Truffat, E. Daniel, *La rehabilitación...*, *op. cit.*

el de la catedrática española Fátima Yáñez Vivero⁵⁷, aunque también con el sesgo, que no comparto, de limitar el espectro de protección solo al consumidor sobreendeudado⁵⁸.

III. LÍMITES O RESTRICCIONES (RAZONABLES) AL DERECHO CONSTITUCIONAL A QUEBRAR Y A OBTENER LA SUBSIGUIENTE LIBERACIÓN DE LOS SALDOS INSOLUTOS

Ningún derecho constitucional es absoluto. Todos son relativos y, por tanto, susceptibles de reglamentación o restricción⁵⁹. Entonces, aportamos tres posibles matrices de restricción y reglamentación del derecho constitucional a quebrar y a obtener la exoneración de deudas.

57. En su obra, Yáñez Vivero, Fátima, *La exoneración judicial de deudas del consumidor vulnerable. Perfiles jurídicos y avatares de un nuevo "derecho a no pagar las deudas"*, Madrid, Marcial Pons, 2024 [en prensa].

58. En España, desde 2019, los concursos de personas físicas superan en número a los de las personas jurídicas, y la proporción entre unos y otros viene aumentando significativamente. Pero por lo que aquí interesa, de los 6.340 (en 2019), 8.507 (en 2020), 13.943 (en 2021), 20.579 (en 2022), 36.996 (en 2023) y 11.690 (en el primer trimestre de 2024) casos de concursos de personas físicas, fueron de personas físicas consumidoras 5.086 (en 2019), 6.874 (en 2020), 10.006 (en 2021), 15.442 (en 2022), 33.268 (en 2023) y 10.992 (en el primer trimestre de 2024), lo que nos deja con el nada despreciable número de concursos de personas físicas empresarias: 1.254 (en 2019), 1.633 (en 2020), 3.937 (en 2021), 5.137 (en 2022), 3.728 (en 2023) y 698 (en el primer trimestre de 2024). No se nos ocurre ninguna razón valedera para considerar que estas personas físicas (humanas) empresarias (o no consumidoras), que en poco más de 5 años, en España, sumaron 16.387, deban tener un tratamiento diferente en punto al reconocimiento de su derecho subjetivo fundamental de obtener la exoneración de sus pasivos concursales.

59. Arts. 14 ["(...) conforme las leyes que reglamenten su ejercicio"] y 28 ("Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio") de la Constitución Nacional. La CSJN ha dicho de manera reiterada que "los derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, *no son absolutos*, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su sustancia". Cfr. CSJN, *G.D.S., G. y otro c/ obra social Poder Judicial de la Nación s/ amparo de Salud*, sentencia del 14/10/2021, Fallos: 344:2849, con cita del precedente CSJN, *V.I.R., Fallos: 340:1269*, entre tantísimos otros.

3.1. *Matriz subjetiva*

Solo el deudor de “buena fe” es merecedor de la liberación, exoneración o descargo de deudas (saltos insolutos) falenciales. No es ocioso, sin embargo, recordar aquí aquel principio que cruza transversalmente a todo nuestro derecho privado, cual es la presunción de obrar de buena fe en cualquier sujeto.

Entonces, como punto de partida, se presume la buena fe, la honestidad, la lealtad en las conductas de las personas. Tal principio de buena fe se extrae del artículo 9° del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), cuando expresa que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe” (capítulo 3, “Ejercicio de los Derechos”, dentro del “Título Preliminar”).

Y si bien este principio explícitamente reconocido en el CCyCN se presenta como una matriz básica de actuación para el ejercicio de todos los derechos fundamentales del derecho privado, tampoco es ocioso apuntar que la presunción de obrar de buena fe es, nada más ni nada menos, que la manifestación *iusprivatista* de la presunción de inocencia del derecho constitucional y penal que emana de nuestro artículo 18, CN⁶⁰, también del ya citado artículo 33 de nuestra CN, pero que recibió una fortísima consagración normativa, derivada de la “constitucionalización” de las declaraciones⁶¹ y convenciones⁶² de

60. Cuando afirma que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin *juicio previo* fundado en ley anterior al hecho del proceso” (resaltado añadido), ninguna duda cabe en el sentido de que ese “juicio previo” es el que debe dar paso a una condena penal, solo posible cuando quien la merezca haya sido declarado culpable en dicho proceso.

61. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: “(...) toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad” (art. 11) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa que “se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable” (art. 26).

62. Respecto de los tratados, en el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (art. 14, inc. 2°). La Convención sobre los Derechos del Niño establece: “(...) todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de

derechos humanos incorporados al artículo 75, inc. 22, CN, en la reforma de 1994⁶³.

Es tan obvia esta condición subjetiva que ello ha permitido afirmar a los académicos norteamericanos que, si bien ningún deudor tiene asegurada la *order of discharge* bajo el Código de Bancarrotas de Estados Unidos, la amplia mayoría de ellos la obtienen⁶⁴.

Si bien la Ley de Concursos y Quiebras argentina nada prevé sobre el particular, nuestra fuente legislativa, el Bankruptcy Code, solamente admite la liberación (*discharge*) de algunos deudores: los de buena fe.

Los impedimentos para el *discharge* que dispone el Bankruptcy Code, y que apuntan a la demostración de que el deudor no es de buena fe, son diez, y pueden fundarse, a modo de ejemplo, en: a) transferir bienes con la intención de ocultarlos de sus acreedores dentro de los 12 meses anteriores a la presentación del pedido de bancarrota o después del mismo⁶⁵; b) que sin justificación el deudor lleve

haber infringido esas leyes se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (art. 40, 2, b, i). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, también, que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad" (art. 8, inc. 2°).

63. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: "(...) toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad" (art. 11) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa que "se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable" (art. 26). Respecto de los tratados, en el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (art. 14, inc. 2°). La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, también, que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad" (art. 8°, inc. 2°). Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño establece: "(...) todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (art. 40, 2, b, i).

64. Epstein, David G., *Bankruptcy and Other Debtor-Creditor Laws*, St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1995, p. 130.

65. Bankruptcy Code, Section 727(a)(2).

indebidamente sus libros y demás documentación no en regla⁶⁶; c) haber falseado su declaración jurada al presentar la petición de quiebra; d) ocultar los libros y demás documentación contable y financiera del *trustee* (síndico)⁶⁷; e) entorpecer –por acción u omisión– el procedimiento falencial; etcétera⁶⁸.

En afirmación, que comparto, se ha dicho que “para evitar abusos en el empleo del beneficio, la liberación o exoneración se consagra como una regla de protección del deudor honesto o de buena fe”⁶⁹. Y tiene agregado la autora citada que, tal como se describió respecto del régimen norteamericano, “[a]lgunos ordenamientos describen las conductas que impiden su aplicación y exigen que el obrar correcto esté presente al momento del nacimiento de la obligación, durante el proceso de insolvencia e incluso, en algunos casos, hasta el cumplimiento de las obligaciones que impone el propio procedimiento concursal”⁷⁰.

En definitiva, “[l]a inexistencia o insuficiencia de bienes no excluye de por sí la buena fe del deudor, por lo que no impide la exoneración, y en ciertos ordenamientos se regulan para esas situaciones procedimientos simplificados incluso sin sujeción a un plan de pagos”⁷¹.

3.2. *Matriz objetiva*

No todas las deudas falenciales son (ni deberían ser) exonerables. Algunas, ostensiblemente, no deberían serlo (deudas alimentarias, deudas laborales o para con acreedores “involuntarios” nacidas

66. Bankruptcy Code, Section 727(a)(3).

67. Cfr. Bankruptcy Code, Section 727(a)(4). Por otro lado, cuando, además, el deudor incurriere en alguna o algunas de las conductas contempladas en los apartados “c”, “d” o “e” podrán aplicarse sanciones criminales, con una multa que puede ser de hasta U\$S 5.000 y prisión de hasta 5 años (18 U.S.C.A., 152).

68. Bankruptcy Code, Sección 727. Liberación de deudas (*discharge*).

69. García, Silvana Mabel, “Volver a empezar...”, cit.

70. Tales los casos de Italia, España, Irlanda, USA, Alemania, Francia, como indica García, Silvana Mabel, “Volver a empezar...”, cit.

71. En Francia (Código de Consumo), Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda, conf. García, Silvana Mabel, “Volver a empezar... sin el peso de las deudas”.

a partir del obrar ilícito del deudor), y otras podrían incluirse en el listado de excepciones dependiendo del criterio de política legislativa que se quiera seguir (por ejemplo, deudas fiscales o con organismos estatales). Nuestra LCQ guarda un ominoso silencio al respecto.

Pero una vez más, si bien la Ley de Concursos y Quiebras argentina nada prevé sobre el particular, nuestra fuente legislativa comparada directa, el Bankruptcy Code, solo dispone la liberación (*discharge*) respecto de ciertas deudas⁷².

En el Bankruptcy Code, por su parte, “se establecen dieciocho excepciones a la liberación del deudor, entre las que destacamos aquellas basadas en la naturaleza de la deuda (impuestos, alimentos y manutención de menores, multas adeudadas a entes estatales, etc.), otras en atención a la conducta asumida por el deudor frente a dicha deuda (deudas contraídas fraudulentamente, deudas no denunciadas dentro del pasivo, deudas provenientes de daños provocados voluntaria y maliciosamente por el deudor a la persona o propiedad del acreedor, deudas originadas en lesiones provocadas por el deudor al conducir intoxicado, etcétera). Como dato significativo, debe decirse que esta larga lista de excepciones al *discharge* lleva un sentido de aumento (no de disminución) en la política legislativa norteamericana”⁷³.

Bien se ha dicho: “Siempre existen deudas «no descargables»⁷⁴. Por lo común, se excluyen de la liberación: las deudas alimentarias,

72. Bankruptcy Code, Section 523(a).

73. Barreiro, Marcelo; Lorente, Javier y Truffat, E. Daniel, “La rehabilitación y el cese de la inhabilitación. Una diferenciación necesaria”, ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 2023, Comisión II: Concursos. Principios y presupuestos del Derecho Concursal en el s. XX”, pp. 9-11, disponible en <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2023/10/Ponencias-Comision-2-Concursos.pdf> (consultado el 27/11/2023). En este sentido, como se explicó en la ponencia, la reforma concursal del año 1994 (cuya vigencia comenzó el 22/10/94) agregó cuatro incisos nuevos [las subsecciones (a)(13); (a)(14); (a)(15); y (a)(16)], y, en 1996, una nueva reforma [con vigencia desde el 22/8/96 agregó, en la sección 523, la subsección (a)(18)].

74. En los siguientes ordenamientos se prevén exclusiones diversas: Francia, Irlanda, Reino Unido, Escocia, USA, Nueva Zelanda, Italia, Canadá, entre otros. Mencionados por García, Silvana Mabel, “Volver a empezar... sin el peso de las deudas”, cit.

las tributarias, las penalidades, los préstamos para educación, deudas emergentes de responsabilidad penal o extracontractual y otros créditos”⁷⁵.

3.3. *Matriz temporal*

Dado el carácter excepcional del beneficio de exoneración de pasivos, en muchas legislaciones comparadas este se concede por única vez⁷⁶, lo que se presenta como una restricción arbitraria (art. 28, CN) de tal derecho subjetivo fundamental o, como creo más adecuado, solo si transcurrió un plazo prolongado desde su obtención⁷⁷. O sea, hay también una frecuencia para la liberación del fallido, de modo que un fallido no puede recibir un nuevo *discharge* sino hasta pasados seis años del anterior⁷⁸.

Es interesante destacar que la tendencia de la ley concursal norteamericana de restringir cada vez más los alcances del *discharge* de las deudas pre-falenciales se intensificó con la reforma concursal del año 2005, confirmando así la tendencia que se había advertido en las previas reformas de 1994 y 1996. La reforma del Bankruptcy Code de Estados Unidos, la BAPCPA (Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act)⁷⁹, aumentó de cinco a seis años la temporalidad mínima entre una nueva *order of discharge* y la anterior. Se trató, por entonces, de la modificación más significativa dentro del régimen

75. García, Silvana Mabel, “Volver a empezar... sin el peso de las deudas”, cit.

76. Irlanda y Nueva Zelandia; conf. García, Silvana Mabel, “Volver a empezar...”, cit.

77. Colombia, Alemania, España, USA, Canadá; conf. García, Silvana Mabel, “Volver a empezar...”, cit.

78. Bankruptcy Code, Section 727(a)(8).

79. Sancionada primero por el Senado el día 10 de marzo de 2005 bajo el N° 256, y luego, en tiempo notablemente acelerado, por la Cámara de Representantes, el día 14 de abril. El Poder Ejecutivo lo promulgó el día 20 de abril de 2005 y puesto que entraría en vigencia a los 180 días de su promulgación, ello ocurrió el 17 de octubre de 2005.

concurzal norteamericano en los últimos treinta años⁸⁰, al menos hasta la aprobación de la SBRA en 2019.

El Código del Proceso colombiano fija tal temporalidad mínima entre un nuevo descargue de deudas y el anterior en diez años, plazo tan extenso que también se nos ocurre como una reglamentación no razonable (art. 28, CN) del tal derecho subjetivo fundamental.

IV. COLOFÓN

Para concluir, en sentido similar a lo expuesto por otros autores como Truffat, García y Ambrosini-Coraita, en Argentina, y Yáñez Vivero, en España, pero haciendo inmerecida jactancia de mi formación constitucional de antaño –bajo la guía de Gallo–, concluyo que, habiendo casi transcurrido el primer cuarto del siglo XXI, el derecho a quebrar y obtener, a consecuencia de ello, la exoneración, liberación o *discharge* de los pasivos falenciales es indudablemente un derecho constitucional de *quinta generación*. Y que, entre tanto no esté expresamente reconocido en nuestra Constitución Nacional, basta la afirmación de que se encuentra hoy amparado en el artículo 33 de derechos no enumerados.

A decir verdad, este derecho subjetivo fundamental, como tantas otras cosas, encuentra su origen último en el Buen Libro, por caso, en la “Parábola del servidor despiadado” de San Mateo:

“Por eso, el Reino de los Cielos se parece a un rey que quiso arreglar las cuentas con sus servidores.

Comenzada la tarea, le presentaron a uno que debía diez mil talentos⁸¹.

Como no podía pagar, el rey mandó que fuera vendido junto con su mujer, sus hijos y todo lo que tenía, para saldar la deuda.

80. Véase “Congress Approves Bankruptcy Overhaul”, *The Washington Post*, del 14/4/2005, edición digital.

81. ¡Diez mil talentos era una enormidad! Aproximadamente, unos sesenta millones de denarios, siendo que un denario era el jornal de un trabajador del campo.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A QUEBRAR

El servidor se arrojó a sus pies, diciéndole: «Señor, dame un plazo y te pagaré todo».

El rey se compadeció, lo dejó ir y, además, le perdonó la deuda⁸².

Al salir, este servidor encontró a uno de sus compañeros que le debía cien denarios y, tomándolo del cuello hasta ahogarlo, le dijo: «Págame lo que me debes».

El otro se arrojó a sus pies y le suplicó: «Dame un plazo y te pagaré la deuda».

Pero él no quiso, sino que lo hizo poner en la cárcel hasta que pagara lo que debía.

Los demás servidores, al ver lo que había sucedido, se apenaron mucho y fueron a contarle a su señor.

Este lo mandó llamar y le dijo: «¡Miserable! Me suplicaste, y te perdoné la deuda.

¿No debías también tú tener compasión de tu compañero, como yo me compadecí de ti?».

E indignado, el rey lo entregó en manos de los verdugos hasta que pagara todo lo que debía⁸³.

Lo mismo hará también mi Padre celestial con ustedes, si no perdonan de corazón a sus hermanos”.

¡Gracias por todo, Maestro!

V. BIBLIOGRAFÍA

Ambrosini, Victoria y Coraita, Martín, “Desterrar la quiebra sanción”, *Revista DECONOMI*, publicación del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año VII - número 22, julio 2024 [en prensa].

Alces, Peter A. y Howard, Margaret, *Bankruptcy. Cases and Materials*, St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1995.

82. *Discharge*, exoneración o liberación de pasivos.

83. ¡Claramente el deudor de la cita bíblica no calificaba como un deudor de buena fe!

- Barreiro, Marcelo; Lorente, Javier y Truffat, E. Daniel, "La rehabilitación y el cese de la inhabilitación. Una diferenciación necesaria", ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 2023, Comisión II: Concursos. Principios y presupuestos del Derecho Concursal en el s. XX", pp. 9-11 disponible en <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2023/10/Ponencias-Comision-2-Concursos.pdf> (consultado el 27/11/2023).
- Bidegain, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, 1996.
- Bidegain, Carlos M. y Gallo, Orlando; Palazzo, Eugenio L.; Punte, Roberto A. y Schinelli, Guillermo (colaboradores), *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución General de "Promoción, protección y disfrute de los DDHH en Internet", A/HR-C/32/L.20, 2016, disponible en https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf (consultado el 21/10/2023) (no obligatoria pero sí inspiradora a los Estados miembros).
- Epstein, David G., *Bankruptcy an Other Debtor-Creditor Laws*, St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1995.
- Esparza, Gustavo A., "Nueva Ley de concursos y quiebras", Mar del Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino (FASTA), septiembre de 1995.
- Gallo, Orlando J., "Raíz rousseauiana y raíz calvinista en la democracia contemporánea", separata *Prudentia Iuris*, n° 24/25, julio/diciembre, 1990.
- García, Silvana Mabel, "Volver a empezar... sin el peso de las deudas", *Revista DECONOMI*, publicación del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año III, número 3 (Pandemia y emergencia empresarial).
- Lorente, Javier A., *Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Comentario a la Reforma 1994*, Buenos Aires, Ediciones Profesionales Gowa, 1994.
- Lorente, Javier A. y Muguillo, Roberto A., *Nueva Ley de cheques. Ley 24.452. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, Ediciones Profesionales Gowa, 1ª edición año 1995, 2ª edición ampliada y actualizada, 1996.
- Lorente, Javier A., *Nueva ley de concursos y quiebras Ley 24.522. Comentada y Anotada*, Buenos Aires, Ediciones Profesionales Gowa, 1995.
- Lorente, Javier A., "Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal. (Primera Parte)", *El Derecho*, N° 9387 del 25/11/97.
- Lorente, Javier A., "Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal. (Segunda Parte)", *El Derecho*, N° 9400 del 15/12/97.

- Lorente, Javier A. y Rodríguez, Ernesto M., *Constitución de la Nación Argentina con su articulado concordado entre sí y con el de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional*, Ediciones Centro Norte, 1998.
- Malagarriga, Carlos C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963, tomo IV (Quiebras y prescripción).
- Rivera Andrade, Diana, "Perdón y Olvido en la Insolvencia de la Persona Natural", en *Estudios de derecho concursal uruguayo*, Cátedra de Derecho Concursal, Universidad de Montevideo, tomo VII, pp. 211-250.
- Rommen, Heinrich, *El estado en el pensamiento católico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- Vivante, César, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I.
- Yáñez Vivero, Fátima, *La exoneración judicial de deudas del consumidor vulnerable. Perfiles jurídicos y avatares de un nuevo "derecho a no pagar las deudas"*, Madrid, Marcial Pons, 2024 (en prensa).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas -causa n° 6491, Fallos: 314:424.*
G.D.S., G. y otro c/ obra social Poder Judicial de la Nación s/ amparo de Salud, Fallos: 344:2849.
V.I.R., Fallos: 340:1269.

Suprema Corte de los Estados Unidos

- Williams vs. United States Fidelity Comp., 236 U.S. 549 (1915).*
Local Loan Co. vs. Hunt, 292 U.S. 234, 244 (1934).