

Universidad Francisco Marroquín, Guatemala

From the Selected Works of Martin Krause

2009

Inseguridad Jurídica: el conflicto entre los principios económicos y las doctrinas jurídicas

Martin Enrique Krause



Available at: https://works.bepress.com/martin_krause/36/



fores

foro de estudios sobre la
administración de justicia

INSEGURIDAD JURÍDICA: EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y LAS DOCTRINAS JURÍDICAS

Martín Krause

Profesor de Economía: Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas
(ESEADE) y Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA)

Diciembre 2008

Resumen

La calidad institucional es la base del buen desempeño económico que permite el crecimiento a largo plazo, la mejora de la calidad de vida y la existencia de un mayor número de oportunidades. Un elemento esencial de la misma es la vigencia del derecho y la seguridad jurídica. La baja calidad institucional que ocasiona la inseguridad jurídica tiene un fuerte impacto en la economía, principalmente a través de una reducción de las inversiones. La inseguridad jurídica puede ser afectada tanto por el número de normas jurídicas como por su calidad. En este trabajo se repasan algunas doctrinas jurídicas que tienen un efecto negativo sobre el funcionamiento de los mercados, tales como las de emergencia económica, las relacionadas con el valor de la moneda, las tasas de interés, el contenido de los contratos, las relaciones laborales, los daños y molestias. No obstante, son tan sólo una muestra de otras tantas que suman a la inseguridad jurídica existente.

Clasificación JEL: K10, K12, K31, K40

*Fores – Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia
agradece el apoyo de
Mitrani Caballero Ojam Abogados, Total Austral S.A.
y el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires,
que con su apoyo hicieron posible este estudio.*



fores

foro de estudios sobre la
administración de justicia

INSEGURIDAD JURÍDICA: EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y LAS DOCTRINAS JURÍDICAS

Martín Krause

Diciembre 2008

Índice

1. Vigencia del derecho y calidad institucional
2. Seguridad jurídica e inversiones
3. Cantidad y calidad de las normas
4. Emergencia económica
5. El valor de la moneda
6. Intereses
7. Los contratos y el poder de policía
8. Los contratos laborales
9. Daños y molestias, teorema de Coase y derechos de tercera generación
10. Conclusiones

Los hebreos y los chinos codificaron todas las circunstancias humanas; en la Mishnah se lee que, iniciado el crepúsculo del sábado, un sastre no debe salir a la calle con una aguja; en el Libro de los Ritos que un huésped, al recibir la primera copa debe tomar un aire grave y, al recibir la segunda, un aire respetuoso y feliz.

Jorge Luis Borges, "El Zahir", *El Aleph*, Obras Completas, (Buenos Aires: Emecé, 1996), p. 589.

1. Vigencia del derecho y calidad institucional

Las leyes de la economía nos explican la relación causal entre ciertas instituciones, el crecimiento económico, la mejora de la calidad de vida y la posibilidad de aprovechar un mayor número de oportunidades. Estas instituciones son aquellas que protegen en forma efectiva derechos individuales básicos como el derecho a la vida, la libertad de opinión, la libertad de movimiento, el derecho de propiedad, la libertad contractual.

Para que las economías prosperen es necesario que exista un marco jurídico de normas que permitan al mercado funcionar. En términos básicos son aquellas tres leyes fundamentales que señalara oportunamente David Hume¹: la estabilidad en la posesión (derecho de propiedad), su transferencia por consentimiento (libertad contractual) y el cumplimiento de las promesas

¹ Hume, David (1739-40), A Treatise of Human Nature, Cap. 83, Sect. xi, Of the Laws of Nations, <http://etext.library.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/chapter83.html> : "Where possession has no stability, there must be perpetual war. Where property is not transferred by consent, there can be no commerce. Where promises are not observed, there can be no leagues nor alliances".

Llamamos “instituciones” a las normas que nos permiten coordinar las acciones de los individuos en la sociedad, las que no dan previsibilidad respecto a las acciones de los demás.

“Las costumbres y prácticas dan origen a expectativas, que a su vez guían las acciones de la gente, por lo que esas prácticas que la gente espera observar es lo que, a menudo, se reconoce como ley. La autoridad de (o el apoyo a) un sistema legal deriva en última instancia de un sentimiento de que es “correcto” debido a que verifica las expectativas. Desde esta perspectiva de la autoridad resulta claro que los acuerdos recíprocos son la fuente básica de reconocimiento del deber de obedecer la ley...”².

Las instituciones, o normas, o convenciones, pueden ser de dos tipos: formales e informales. Las informales son aquellas que normalmente asociamos con la “cultura” y las normas éticas, las que se transmiten de generación en generación por medio de la enseñanza y el aprendizaje.

“La diferencia entre limitaciones informales y formales es de grado. Imaginemos un *continuum* de tabúes, costumbres y tradiciones en un extremo y en otro, constituciones escritas. La marcha, larga y dispareja, de tradiciones y costumbre no escritas a leyes escritas ha sido unidimensional conforme nos hemos movido de sociedades menos complejas a más complejas, y está claramente relacionada con la creciente especialización y división del trabajo asociada con sociedades más complejas”³.

Su objetivo, en última instancia, sería ahorrar costos de información en relación con las actitudes de terceros. Para que las relaciones sociales sean ordenadas, los actores deben poder formarse expectativas con cierta probabilidad de ser correctas sobre las acciones de otros, deben poder comprobarlo y permitirle ajustarlas a las nuevas circunstancias. Desde este punto de vista las instituciones son mecanismos de comunicación por medio del cual un individuo, ajustándose a cierta norma o institución,

² Bruce L. Benson, “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal* (January 1989) págs. 644-61.

³ Douglass C. North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993), pág. 66.

envía información hacia los demás para que estos puedan guiar sus acciones que tengan que ver con el emisor.

Un elemento central de la calidad institucional es la seguridad jurídica. El concepto de “Seguridad jurídica” no es fácil de definir. Desde la economía institucional se la define como el resultado que obtiene un sistema legal generando un conjunto de normas formales que permite coordinar las acciones de los individuos en sociedad, dando previsibilidad a sus actos⁴. Olivera⁵ la define a través de cuatro componentes: a) la seguridad física, b) la regularidad y eficacia en los mecanismos de aplicación del derecho (el sistema judicial), c) la claridad y coherencia del sistema legal y d) la estabilidad del sistema jurídico. Como parte del programa “Governance Matters” del Banco Mundial, se define al “Rule of Law” como “la percepción que tienen los agentes respecto a la confianza en y el cumplimiento de las normas en una sociedad, y en particular la ejecutabilidad de los contratos, los derechos de propiedad, el desempeño de la policía y los jueces, como también la posibilidad de sufrir del crimen y la violencia”⁶.

No es lo mismo que “estabilidad jurídica” en el sentido de “inmutabilidad” de las normas. Esto es imposible ya que las normas legales cambian en forma constante. Hay un constante “flujo” de normas que reemplaza, modifica o se agrega al “stock” de normas necesariamente existente. Siendo que la complejidad de la sociedad crece en tanto se multiplican sus componentes y las posibilidades de interacción entre sí, podríamos suponer que existe una demanda de normas que lleva a un stock creciente. La multiplicación de relaciones sociales aumentaría en ese caso la tarea de los jueces quienes deberían resolver cada caso por separado. La existencia de mayor número de normas

⁴ North, Douglass (2001), *Instituciones, Cambios Institucional y Desempeño Económico* (México: Fondo de Cultura Económica).

⁵ Olivera, Julio H, “Crecimiento económico y seguridad jurídica”, conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 23 de Julio de 1965.

⁶ Kaufmann, Daniel, Aart Kraay & Massimo Mastruzzi, “Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2007”, *Policy Research Working Paper* 4654, The World Bank Development Research Group Macroeconomics and Growth Team & World Bank Institute Global Governance Program, June 2008.

formales reduciría esos costos de adjudicación⁷. Pero los cambios en el “Derecho”, a diferencia de los cambios en la “legislación”, se producen muy lentamente como resultado de largos procesos evolutivos. Aunque tampoco son inmutables, en el corto y mediano plazo parecen serlo y generan estabilidad y previsibilidad en las acciones de los individuos en sociedad.⁸

Cuando hablamos, entonces, de “estabilidad jurídica”, nos referimos a esa lenta evolución del orden espontáneo del Derecho, que se va produciendo a partir de nuevas normas o pautas de conducta que se generalizan y son aceptadas voluntariamente por los individuos.

Para alcanzar nuestros objetivos, en tanto y en cuanto vivimos en sociedad, necesitamos que nuestras acciones se coordinen con las acciones de los demás; esto es, necesitamos un cierto “orden”. No obstante, existen dos tipos fundamentales de órdenes: aquellos “construidos” y los que son “espontáneos”. Pese a que las apariencias inmediatas parecen decir lo contrario, los órdenes “construidos” tienen que ser necesariamente simples, las limitaciones de nuestro conocimiento impiden generar órdenes que superen un cierto número de elementos. La vida en los órdenes extendidos de la sociedad moderna implica la relación entre millones de elementos (individuos, organizaciones), lo que lleva las posibles combinaciones a niveles imposibles de determinar por la mente humana. Esas relaciones, además, están guiadas por valoraciones subjetivas, imposibles de alcanzar por un observador imparcial o un “ordenador”, aunque contara éste con la computadora más poderosa imaginable. Eso genera un orden “espontáneo” que es mucho más complejo, y fruto de un proceso evolutivo.

Los dos tipos de órdenes demandan dos diferentes tipos de normas. En el orden construido de una organización, por ejemplo, el papel de los mandatos (instrucciones específicas para un elemento particular de la organización) es mucho mayor, aunque también las organizaciones necesitan de normas de carácter general. El orden social, en cambio, sólo funciona con normas generales, abstractas o, lo que solemos llamar Derecho.

⁷ Fon Vincy & Francesco Parisi (2007), “On the Optimal Specificity of Legal Rules”, Law and Economics Research Paper 04-32, George Mason University School of Law.

⁸ Ver, Hayek, Friedrich A. (2006), *Derecho, Legislación y Libertad*, (Madrid: Unión Editorial).

Los problemas que en este trabajo se describen, comunes a muchas sociedades modernas, provienen de la confusión entre el papel de los mandatos y las normas de carácter general. La Legislación se ha tornado específica y busca ordenar ciertos elementos, pero en definitiva genera problemas para la coordinación espontánea general. Comenta Hayek:

“El grado de poder de control sobre el orden extenso y más complejo será mucho menor que el que podemos ejercer sobre un orden deliberadamente construido o *taxis*. Habrá muchos aspectos del mismo sobre los que no tendremos control alguno, o que por lo menos no podremos modificar sin provocar interferencias en las fuerzas que producen el orden espontáneo y en tal medida provocar obstáculos a las mismas. Cualquier deseo que podamos tener relativo a la particular posición de los elementos individuales, o la relación entre individuos particulares o grupos, no podrá ser satisfecha sin perturbar el orden general”⁹

Esta es la esencia de lo que ha ocurrido en la Argentina y la fuente de la inestabilidad que genera inseguridad jurídica. Se ha intentado construir un orden deliberadamente y éste ha interferido en el orden espontáneo de la sociedad, en el cual el funcionamiento de los mercados ocupa un lugar central.

Seguridad jurídica se obtiene, entonces, cuando la legislación formal se limita a normas generales, abstractas, aplicables a todos por igual, y no interfiere en el funcionamiento de los órdenes espontáneos. Los principios del Derecho evolucionan lentamente a partir de las modificaciones en las costumbres y las innovaciones que ocurren. “Calidad institucional” es aquel conjunto de normas, formales e informales, que permiten el desarrollo de órdenes cada vez más sofisticados y complejos, permitiendo una mejor calidad de vida a la sociedad.

2. Un intento de medición

Las variables de la “seguridad jurídica”, tal como las clasificara Olivera, son específicamente consideradas en el índice sobre “Vigencia del Derecho” (Rule of Law),

⁹ Op. Cit, p. 65.

elaborado por el Banco Mundial, que ubica a la Argentina en el puesto Nº 127 sobre 210 países por detrás de Burkina Faso, Armenia y Djibouti, apenas precediendo a Vietnam, Etiopía y Uganda.

En cuanto al más abarcador concepto de calidad institucional se refiere el Índice de Calidad Institucional (ICI)¹⁰, nos permite evaluar el posicionamiento relativo de Argentina. El ICI es un índice compuesto que se obtiene agregando las posiciones porcentuales de los países en ocho indicadores distintos. Estos son

- Índice de la Vigencia del Derecho (Rule of Law), Banco Mundial
- Índice de Voz y Rendición de Cuentas, Banco Mundial
- Índice de Percepción de la Corrupción, Transparency International
- Índice de Libertad de Prensa, Freedom House
- Haciendo Negocios, Banco Mundial
- Competitividad Global, Foro Económico Mundial
- Libertad Económica en el Mundo, Fraser Institute
- Índice de Libertad Económica, Wall Street Journal/Heritage Foundation

Los países ubicados en los primeros 20 lugares son los siguientes:

Cuadro 1		
Posición	País	Posición 2007
1	Dinamarca	2
2	Nueva Zelanda	4
3	Finlandia	3
4	Islandia	5
5	Noruega	14
6	Suiza	1
7	Suecia	6
8	Países Bajos	9
9	Canadá	11
10	Irlanda	12
11	Australia	13
12	Alemania	15

¹⁰ Krause, Martín, "Índice de Calidad Institucional", (Londres: International Policy Network, 2008).

13	Bélgica	16
14	Reino Unido	10
15	Luxemburgo	7
16	Estados Unidos	8
17	Austria	17
18	Malta	28
19	Francia	21
20	Japón	18

Por otro lado, los países ubicados en las últimas 20 posiciones son (en orden inverso):

Cuadro 2		
Posición	País	Posición 2007
192	Myanmar	184
191	Somalía	.-
190	Corea del Norte	183
189	Turkmenistán	181
188	Congo, República Democrática	182
187	Guinea Ecuatorial	175
186	Uzbequistán	177
185	Chad	178
184	Sudán	180
183	Zimbabwe	179
182	Afganistán	174
181	Laos	168
180	Irak	176
179	Guinea	160
178	Angola	171
177	Haití	165
176	Eritrea	162
175	República Centro Africana	163
174	Venezuela	161
173	Tajikistán	157

En el caso del continente americano y, en particular, de América Latina nos encontramos con las siguientes posiciones:

Cuadro 4						
Continente americano				América Latina		
Posición 2008	Posición general	País	Posición 2007	Posición 2008	País	Posición 2007
1	9	Canadá	2	1	Chile	1
2	16	Estados Unidos	1	2	Uruguay	2
3	22	Bahamas	4	3	Costa Rica	3
4	23	Barbados	7	4	Panamá	5
5	25	St. Lucia	5	5	México	6
6	26	Chile	3	6	El Salvador	4
7	30	St. Vincent and the Grenadines	6	7	Perú	7
8	34	Puerto Rico		8	Brasil	8
9	37	St. Kitts and Nevis	9	9	República Dominicana	14
10	46	Dominica	8	10	Colombia	11
11	50	Antigua y Barbuda	11	11	Argentina	9
12	55	Uruguay	10	12	Nicaragua	10
13	57	Costa Rica	12	13	Bolivia	15
14	61	Granada	15	14	Guatemala	12
15	64	Belice	13	15	Honduras	13
16	65	Jamaica	14	16	Paraguay	16
17	66	Trinidad y Tobago	16	17	Ecuador	17
18	77	Panamá	18	18	Cuba	19
19	79	México	19	19	Venezuela	18
20	85	El Salvador	17	20	Haití	20
21	86	Perú	20			
22	87	Surinam	24			
23	91	Brasil	21			
24	93	República Dominicana	29			
25	96	Guyana	27			
26	99	Colombia	25			
27	103	Argentina	22			
28	116	Nicaragua	23			
29	120	Bolivia	30			
30	131	Guatemala	26			
31	133	Honduras	28			
32	135	Paraguay	31			
33	140	Ecuador	32			
34	155	Cuba	34			
35	174	Venezuela	33			

36	177	Haití	35			
----	-----	-------	----	--	--	--

Comparando el indicador para los años 2007 y 2008 Canadá y Estados Unidos cambian posiciones y los tres primeros puestos en América Latina se mantienen, como así también la notoria presencia de los países no latinos del Caribe entre las primeras posiciones de toda América. También son consistentes los últimos puestos para Cuba, Venezuela y Haití, con promedios alejados del resto. Argentina y Nicaragua caen cinco posiciones en América, Guatemala cuatro, Chile, El Salvador y Honduras tres. No obstante, Chile sigue manteniendo el liderazgo en América Latina, seguido de Uruguay, Costa Rica, Panamá y México, estos dos últimos mejorando su posición relativa en detrimento de El Salvador.

Argentina ocupa el puesto Nº 27 entre 36 países del hemisferio y el Nº 11 entre 20 países latinoamericanos, con una tendencia descendente.

3. Seguridad jurídica e inversiones

La calidad institucional puede verse claramente afectada tanto sea por la cantidad como por la calidad de las normas. A lo que habría que agregar un tercer componente: su efectivo cumplimiento y la eficiencia del sistema judicial que permita la vigencia efectiva de los derechos.¹¹

En el trabajo “Justicia y desarrollo económico” (1999, p. 23) se destaca como incidencia del sistema judicial en la economía su impacto sobre la inversión, más elevadas tasas de interés, encarecimiento de las compras del sector público, aumento de la impunidad y la evasión, mayor centralismo económico. Tomemos el caso de la inversión, particularmente de la inversión extranjera directa (IED):

¹¹ Fores ha prestado atención a este tema en distintos trabajos: Lynch, Horacio M: y Roberto Vassolo, “Medición de la Seguridad Jurídica”, (Buenos Aires, Agosto 1993); Consejo Empresario Argentino, “Justicia y Desarrollo Económico”, (Buenos Aires: 1999); Guisarri, Adrián, “Seguridad jurídica y crecimiento económico”, (Buenos Aires: 2000).

“Hay varias razones por las que la calidad de las instituciones puede ser importante para atraer IED. Una de ellas se basa en los resultados de la literatura sobre el crecimiento: al elevar las perspectivas de productividad, una buena infraestructura de gobernabilidad puede atraer a inversores externos. Una segunda razón es que las malas instituciones puede ocasionar costos adicionales a la IED. Este puede ser el caso de la corrupción, por ejemplo (Wei, 2000). Una tercera razón es que, debido a los altos costos hundidos, la IED es especialmente vulnerable a cualquier forma de incertidumbre, incluyendo la que proviene de una baja eficiencia gubernamental, cambios de políticas, sobornos o débil protección de los derechos de propiedad y del sistema jurídico en general”.¹²

Argentina, con un promedio de IED de 2.794 millones de dólares para el período 1970-2005, se encuentra bastante lejos de Brasil y México y, además, en los últimos años ha sido desplazada del tercer lugar en América Latina por Chile y Colombia, países que en el período mencionado muestran un promedio de 1.911 y 1.264 millones de dólares respectivamente, pero que en los últimos cinco años muestran un promedio de 4.979 y 3.946 millones de dólares, contra 2.981 de la Argentina.

La diferencia con Brasil y México, además, se ha incrementado pues estos países, en este último período, alcanzaron 19.268 millones en el caso de México y 16.481 millones en el de Brasil durante 2006, para elevarse en el caso de Brasil a 34.585 millones y en México a 23.230 durante 2007.

Quiere decir que si en el período 1970-2005 la Argentina recibió el 41% de la inversión que recibió Brasil y el 44% de lo que recibió México, en los últimos cinco años ha recibido el 18% de lo que recibió el primero, y el 15,5% de lo que recibió el segundo.

Según datos más reciente de la CEPAL, esta tendencia ha continuado durante el año 2006 donde los datos son los siguientes:

Cuadro 4 ¹³		
IED en América Latina durante 2006		
Posición	País	Monto (millones de u\$s)
1	México	18.939
2	Brasil	18.782

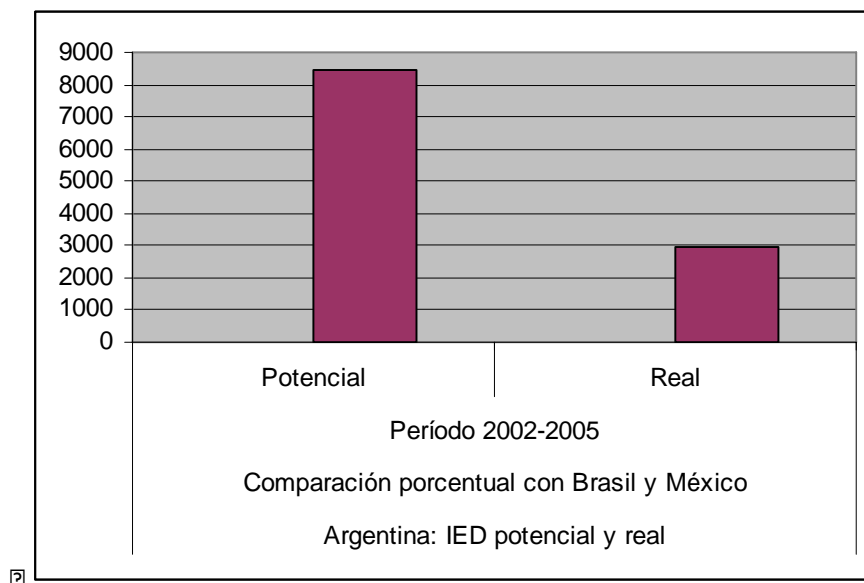
¹² Bénassy-Quéré, Agnès, Maylis Coupet y Thierry Mayer, “Institutional Determinants of Foreign Direct Investment”, *The World Economy*, (Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd., 2007). P. 764.

¹³ CEPAL, “La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”, <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/28393/IE2006Preliminar.pdf>

3	Chile	8.053
4	Colombia	6.295
5	Argentina	4.809
6	Perú	3.466

La lejanía respecto a México y Brasil y la pérdida de posiciones respecto a Chile y Colombia tienen que ver con el deterioro institucional y la falta de seguridad jurídica en la Argentina, en comparación con estos países pese, incluso, a los problemas de seguridad interna que presenta Colombia.

No solamente la Argentina es el país que más ha reducido el monto de recepción de IED, sino que si hubiera mantenido la relación porcentual que tuviera con Brasil (36%) y México (44%) durante el período 1970-2005 en el período 2001-2005, hubiera recibido 8.477 millones de dólares anuales de IED, en lugar de 2.981 millones, es decir, ha perdido 6.000 millones de dólares cada año.



4. Cantidad y calidad de las normas

Distintos autores¹⁴ han asociado el número de normas legales con la seguridad jurídica, aseverando que un número de normas más allá de un determinado punto de equilibrio genera una sobre-provisión que resulta en inseguridad.

“Como los demás bienes, el Derecho está subordinado al Principio de Utilidad marginal Decreciente o Primera Ley de Gossen. Cuanto mayor el número de normas, tanto más difícil resulta su conocimiento y correcta interpretación. La incerteza sobre el Derecho limita la creación de certeza por medio del Derecho”¹⁵

La utilidad marginal del derecho se contrapone con un costo marginal creciente en términos de libertad lo que resulta en un equilibrio del orden jurídico, en el cual utilidad marginal y costo marginal se igualan. Olivera, haciendo referencia a Adam Smith, sostiene que de la misma forma en que en general “el precio de mercado se mantiene por encima del equilibrio que debajo de él... Un fenómeno semejante se presenta al equilibrio jurídico”¹⁶.

Si el mercado se encontrase por debajo del precio de equilibrio el exceso de demanda se cubriría por normas contractuales, formales o informales, acordadas por las partes. Si se encontrase por encima, el exceso de normas se ajustaría “de facto” sin corregir las normas, simplemente incumpléndolas. Esta podría ser una proposición testable considerando los niveles de economía informal; el problema para su verificación, no obstante, adquiere un grado de complejidad mayor debido a que la informalidad es resultado tanto de la ausencia de normas formales (no hay **derechos de propiedad** claramente definidos, por ejemplo), como de su exceso que lleva a muchos productores a esos mercados¹⁷.

¿Cuáles son las fuerzas que impulsan al mercado a este desequilibrio? Olivera menciona algunas. “Si es por exceso el desequilibrio, el Derecho será desvirtuado por

¹⁴ Olivera, Julio (1999), “El principio de Gossen y la estabilidad jurídica”, en Alberto Benegas Lynch (nieto), compilador, Alberto Benegas Lynch: In Memoriam, (Buenos Aires: Centro de Estudios sobre la Libertad) y Epstein, Richard A (2005), Reglas simples para un mundo complejo, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú).

¹⁵ Olivera, op. cit, p. 15.

¹⁶ Olivera, op. cit, p. 17.

¹⁷ De Soto, Hernando (2001), El misterio del capital, (México: Editorial Diana).

factores reales de poder. La influencia política, la fuerza, la corrupción, crearán una disparidad entre el ámbito de vigencia formal del Derecho y su acatamiento efectivo” (p. 16).

Esta es la descripción característica de la literatura del “rent seeking”, la presión de grupos de interés por obtener legislación que los favorece. En situaciones de “dilema del prisionero”, cada grupo “compra” normas que lo favorecen sin tener en cuenta el costo que imponen al conjunto, terminando todos en una situación peor en tanto los costos originados por los privilegios del resto son superiores a los beneficios obtenidos por el propio.

La “búsqueda de rentas” describe una situación en la cual una minoría obtiene privilegios (palabra que proviene de “*privi leges*”, ley privada) a costas de la mayoría. Pero no es ésa la única demanda de normas existentes. La escuela de la elección pública (Public Choice) también ha señalado la otra fuente, cuando los políticos aseguran su reelección proveyendo legislación que beneficia a la mayoría en perjuicio de la minoría.

Bastiat¹⁸ señalaba ya estas dos posibilidades, a las que daba el nombre de “explotación parcial” (de la minoría a la mayoría) y “explotación universal” (de la mayoría a la minoría) y agregaba una tercera, la única que sería un control para el desequilibrio por exceso, la llamaba “ausencia de explotación”. No hay una demanda de menos normas, sino una competencia de minorías y mayorías para obtener sus propias “explotaciones”.

El éxito de la “explotación universal” es simple: la democracia es el gobierno de la mayoría. El de la “explotación parcial” ha sido explicado como un problema de acción colectiva: los beneficios se encuentran concentrados en unos pocos, los costos se reparten entre muchos ninguno de los cuales tiene un incentivo suficientemente fuerte para oponerse al privilegio¹⁹.

Probablemente la calidad de las normas es más preocupante como fuente de inseguridad jurídica que la cantidad. Después de todo, puede haber una sola norma que genere una completa inseguridad al mismo tiempo que pueden existir una cantidad de

¹⁸ Bastiat, Frédéric (2004), “La Ley”, en Obras Escogidas, (Madrid: Unión Editorial), p. 195.

¹⁹ Olson, Mancur (1992), La Lógica de la Acción Colectiva, (México: Limusa).

normas relativamente inocuas. Veamos una de alto impacto en la seguridad jurídica, la emergencia económica

5. Emergencia económica

La continua sanción del estado de emergencia económica, aprobado anualmente en ocasión de la sanción de la ley de presupuesto no hace sino ratificar la existencia de un “sistema de normas” basado en tres “órdenes” diferentes.

El primero de ellos es el “orden constitucional formal original”, sustentado en el texto de la Constitución sancionada en 1853 y sus posteriores reformas; el segundo es el “orden jurídico informal” que rige buena parte de las acciones de los argentinos, el que no se encuentra codificado; el tercero es el “orden constitucional de emergencia”.

El ciudadano argentino, por lo tanto, se mueve bajo esos tres órdenes jurídicos diferentes. Formalmente está sujeto al “orden constitucional formal original” y las normas que de él emanan, muchas de las cuales están reñidas con los principios constitucionales básicos y generan la informalidad a la que se hiciera referencia. Ese orden formal, sin embargo, no rige en forma completa sino que es reemplazado por el orden constitucional de “emergencia”, el cual no ha sido el fruto de ninguna convención constituyente sino de las decisiones que tomara el Poder Ejecutivo, avaladas luego por la Suprema Corte. Ese orden de emergencia, “suspende” o “elimina” los derechos establecidos en el orden constitucional formal original y, en la medida que las emergencias se suceden unas a otras, se convierte en el orden formal predominante.

El fallo del caso “Galli” es un ejemplo del aval de la doctrina jurídica al desarrollo del orden constitucional de emergencia prevaleciente.

Hugo Gabriel Galli y Silvia Concepción Attardi presentaron un amparo para que se declare la inconstitucionalidad de actos, normas y circulares que vulneran su derecho de propiedad, al modificar la moneda de los bonos públicos en su posesión. Los actuantes se dirigían aquí al “orden constitucional forma original”, pero se encontraron con que el

Procurador General y luego la Corte en verdad sostienen otro tipo de orden, cual es el de emergencia.

La Cámara, en su oportunidad, había fallado en relación a ese primer orden, haciendo mención que al modificar compulsiva y unilateralmente las obligaciones, el Estado había violado el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional.

Pero el Procurador General responde, y luego la Corte avala, que no es ése el orden a tener en cuenta sino otro, que no surge del texto constitucional, ya que en ningún momento hace referencia al mismo, sino que ha sido fruto de una larga doctrina.

Acepta el argumento del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, según el cual “por aplicación de la doctrina de la emergencia, el decreto 471/02 es constitucionalmente válido”. Nótese bien, no se hace referencia a ninguna disposición constitucional la que solamente considera emergencias “civiles” para las que dispone de los instrumentos de la intervención federal y el estado de sitio, sino a una doctrina que podrá o no inferirse de ella pero por cierto que no está explícita en ese documento, pese a que hace referencia a una ley, la 25.561, que declaró el estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Como el estado de crisis es el que genera la situación de emergencia, es necesario analizar las características de aquello que se considera una crisis. Al respecto al Procurador General señala:

“Cabe recordar sobre el punto, que la legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre, claro está, que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos (v. dictamen del Procurador General en la causa publicada en Fallos: 269:416, donde también se efectúa una reseña de los casos en que el Congreso -o el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas- hicieron uso de sus poderes para dictar leyes de ese carácter).”

Se define a la crisis como “situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza”. No obstante, sería necesario que se pudiera diferenciar entre situaciones anómalas “exógenas” y “endógenas”. Las primeras hacen referencia a situaciones donde la causa de la crisis es ajena a la voluntad del gobierno, como puede ser una tragedia natural, tal una gran inundación, el reciente maremoto en Asia, el huracán Katrina o incluso un ataque terrorista como el de las Torres Gemelas. El reconocer una crisis como resultado de estos fenómenos no traería conflictos jurídicos, en tanto y en cuanto se cumplieran los principios mencionados por el Procurador respecto a que los medios arbitrados sean razonables y no respondan a móviles discriminatorios contra grupos o individuos.

Pero, las crisis “endógenas” plantean un problema muy diferente. Éstas son las que se producen como resultado del mismo accionar gubernamental, dentro de las cuales se incluyen casi todas las experimentadas en este país en los campos “económico y social”. Es el mismo “Estado” el que las genera, aunque para el caso se trate de diferentes “gobiernos”. El Estado ya no se considera obligado por los actos válidos de administraciones precedentes, violando el Derecho Internacional, y generando una gran inestabilidad jurídica hacia el futuro, lo cual perjudica a toda la actividad económica y, en particular, a las inversiones, en especial las de largo plazo.

La crisis, entonces, da pie al desarrollo del “orden constitucional de emergencia”. Ese orden no admite reemplazar o desplazar al orden formal en virtud de su poder para “reglamentar derechos”:

“A fin de evitar repetir conceptos muy conocidos, sólo cabe indicar que desde sus orígenes el Tribunal ha señalado que los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 de la Ley Fundamental), así como que tales restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron.”

“La Corte ha dicho que el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, siempre que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución, pues no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los

poderes del Estado (Fallos: 171:79), toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos: 238:76).”

Es necesario recordar que el mencionado artículo constitucional nada dice respecto al carácter absoluto o no de los derechos sino simplemente que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Bien podría darse la interpretación contraria, no obstante lo cual la Corte Suprema ha continuado con su interpretación sobre el carácter “relativo” de los derechos y los ha hecho más relativos aún con motivo de una crisis. Habiéndose eliminado las restricciones al poder que provendrían de una aplicación más literal del mencionado artículo y las que remueve el estado de crisis, entonces, como menciona el segundo párrafo, el gobierno está facultado a dictar las leyes que considere convenientes cuya única limitación son estos “bordes” ahora reducidos a casi una mínima expresión. Dentro de esa definición, prácticamente toda norma puede encontrar su justificación dentro del “orden constitucional de emergencia”. La inseguridad jurídica es inevitable y se multiplica en situaciones de crisis con el accionar demagógico de jueces que fallan sin tener en cuenta si sus decisiones pueden generar una crisis aun mayor, o un completo caos, y sin tener en cuenta tampoco, si sus decisiones tienen alguna posibilidad de ser cumplidas.²⁰

Se podrán mencionar, y se mencionan, instancias similares en otros países en los que esta doctrina se ha desarrollado, en particular los Estados Unidos, pero es necesario tener en cuenta que la generalización de un vicio no lo convierte en una virtud.

En 1916, anticipando un estado de guerra, el Congreso otorgó al presidente poderes de emergencia que permitieron al gobierno incautar materiales, fábricas y sistemas de transporte, suspendió el patrón oro, controló todos los intercambios internacionales de bienes y servicios, otorgó subsidios masivamente y estableció su prioridad para el acceso de numerosos productos. Estos poderes fueron nuevamente

²⁰ Lynch, Horacio M., “Emergencia, Derecho, Justicia y Seguridad Jurídica: Reflexiones sobre la Crisis y las Libertades Económicas”, *Revista Jurídica LA LEY*, 29 y 30 de Mayo de 2002, TOMO LA LEY 2002 C.

utilizados durante la Gran Depresión y en la Segunda Guerra Mundial el gobierno terminó llevando a campos de concentración a unos 110.000 individuos de origen japonés, dos tercios de los cuales eran ciudadanos norteamericanos, algo que la Corte Suprema de ese país admitió como dentro de los “poderes de emergencia”²¹.

Todavía en 1976 los poderes especiales obtenidos por Roosevelt en 1933 y Truman en 1950 no habían sido derogados.

En 1973 el Senado creó un Comité Especial para la Terminación de la Emergencia Nacional (luego llamado Comité Especial sobre las Emergencias Nacionales y Poderes de Emergencia Delegados) para investigar el asunto y proponer reformas, el que luego informaba:

“Estas proclamaciones dan fuerza a 470 estipulaciones de la ley federal..., que en su conjunto, confieren suficiente autoridad para gobernar el país sin referencia a procesos constitucionales normales. Bajo los poderes delegados por estos estatutos, el Presidente puede: requisar propiedades; organizar y controlar los medios de producción; requisar productos; asignar fuerzas militares en el exterior; instituir la ley marcial; tomar y controlar todos los transportes y las telecomunicaciones; regular la operación de las empresas privadas; restringir los viajes; y en una plétora de formas distintas, controlar las vidas de todos los ciudadanos norteamericanos.”

El resultado del trabajo de este Comité fue la sanción de dos leyes importantes: la Ley de Emergencias Nacionales (NEA, en inglés), y la Ley de Poderes Económicos para Emergencias Internacionales (IEEPA, en inglés). Trataban con ellas de reafirmar el control del Congreso sobre la autoridad gubernamental en emergencias, ya que todas las emergencias nacionales tienen un límite máximo de dos años luego de los cuales su declaración está sujeta a estrictos requisitos garantizando una revisión parlamentaria de los decretos de emergencia.

²¹ Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 [1943], p 101, <http://supreme.justia.com/us/320/81/case.html>

No obstante lo cual, al poco tiempo la Corte decidió en *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*²² que el Congreso no puede utilizar la resolución de una sola de las Cámaras o ningún otro método (como una resolución conjunta) que no cumpla con los requerimientos completos para la sanción legislativa²³. En *Dames & Moore v. Regan*²⁴, la Corte aprobó amplios poderes al presidente Carter para bloquear fondos iraníes y luego para garantizar su retorno a Irán, anulando ciertas provisiones de algunas cortes norteamericanas, como parte de las negociaciones para el retorno de rehenes.

Curiosamente, en el voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti se reconoce la situación aquí planteada:

“Que la legislación de emergencia debe tener un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla, y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios.”

“Que esta fundamentación de la regla de derecho, debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos, y restringe el funcionamiento económico.”

“Que el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo contundente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad.”

“Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de precompromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones imprudentes. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento.”

“Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho.”

²² IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE v. Jagdish Rai CHADHA et al; 103 S. Ct. 2764: <http://www.enfacto.com/case/U.S./462/919/>

²³ Higgs, Robert & Charlotte Twight, “National Emergency and the Erosion of Private Property Rights”, The Independent Institute, San Francisco, 1987)

²⁴ DAMES & MOORE v. REGAN, 453 U.S. 654 (1981), <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=453&page=668>

La contundencia de tales argumentos, no obstante, no llevó a sus emisores a votar en forma distinta a la del resto de los miembros, pero dicha contradicción no disminuye la fuerza de los mismos. Hay allí una expresa referencia a los perjuicios que ocasiona el “orden constitucional de la emergencia”, mencionado allí como la “emergencia permanente”, el impacto que tiene en la seguridad jurídica y en el funcionamiento económico.

La profusión de acciones gubernamentales y normas formales mucho más allá de las áreas que la Constitución otorgaba a la tarea legislativa y a las acciones regulatorias del gobierno, fue justificada no en el ordenamiento constitucional formal original sino en el nuevo ordenamiento basado en la emergencia. Esta expansión normativa generó, a su vez, el ordenamiento informal que la elude. El de emergencia suplanta al original y el informal elude al de emergencia. De esa forma, los argentinos viven bajo tres sistemas jurídicos distintos, aunque cada emergencia sucesiva los aleja más del original. Pero, en definitiva, el exceso de “órdenes” jurídicos deja al ciudadano argentino desamparado. Por un lado, no puede contar con el orden jurídico formal para proteger sus derechos, ya que éstos pueden ser negados en virtud de la emergencia de turno. Vive en buena medida, entonces, bajo el sistema informal donde los procedimientos para la resolución de disputas son inexistentes o muy ineficientes y costosos. En el sistema informal, cualquiera puede incumplir un pacto o convenio y existen pocos remedios contra ello; en el sistema jurídico de la emergencia es el gobierno el que puede incumplir sus obligaciones y tampoco hay donde ir para reclamar su cumplimiento.

6. El valor de la moneda²⁵

²⁵ Esta sección recoge elementos desarrollados en el trabajo del Dr. Diego César Bunge, “Devaluación, Pesificación, Emergencia y Reforma Previsional. El largo y sinuoso camino transitado desde Smith, San Luis, Bustos, Galli, Massa hasta Benedetti. Análisis de las consecuencias sistémicas”, presentación del autor en el Seminario “El Rol de Legisladores y Jueces en la Construcción de la Seguridad Jurídica”, Martes 14 de Noviembre de 2008, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fundación Pensar/FORES.

La moneda es una institución fundamental para el funcionamiento de la sociedad y la coordinación de las acciones de los distintos individuos como así también de las acciones de un mismo individuo en el tiempo. Su función básica es la de medio de intercambio., facilitando todo tipo de transacciones que son la esencia de la actividad económica y permitiendo el cálculo económico a través de su capacidad de ofrecer una unidad de cuenta común. Por lo tanto, el tratamiento jurídico de la moneda debería ser sumamente cuidadoso, comprendiendo que se puede estar afectando el fluido vital que mantiene a la sociedad en funcionamiento.

Carl Menger²⁶, en un artículo publicado originalmente en Junio de 1892, se preguntaba:

“Filósofos, juristas e historiadores, al igual que economistas, e incluso naturalistas y matemáticos, se han ocupado de este notable problema, y no hay pueblo civilizado que no haya aportado su cuota en la abundante bibliografía que sobre él existe. ¿Cuál es la naturaleza de esos pequeños discos o documentos que en sí mismos no parecen servir a ningún propósito útil y que, sin embargo, en oposición al resto de la experiencia, pasan de mano en mano a cambio de mercancías más útiles, más aun, por los cuales todos están tan ansiosamente dispuestos a entregar sus productos? ¿Es el dinero un miembro orgánico del mundo de las mercancías o es una anomalía económica? ¿Debemos atribuir su vigencia comercial y su valor en el comercio a las mismas causas que condicionan los de otros productos o son ellos el producto preciso de la convención y la autoridad?”

Menger descarta que el origen de las monedas sea una convención o una ley, ya que “presupone el origen pragmático del dinero y de la selección de esos metales, y esa presuposición no es histórica”. Aunque parezca alejado el tema por estar considerando una moneda metálica, por cierto es que los principios que hacen a una buena moneda, aquella que ha sido seleccionada por la gente para ser utilizada, son los mismos. Por lo que una moneda será aceptada dependiendo:

²⁶ Carl Menger, “El origen de la moneda”, *Libertas* N° 2, (Buenos Aires: ESEADE, 1985), p.212.

- “1. Del número de personas que aún necesitan la mercancía en cuestión y de la medida y la intensidad de esa necesidad, que no ha sido satisfecha o que es constante.
2. Del poder adquisitivo de esas personas.
3. De la cantidad de mercancía disponible en relación con la necesidad (total), no satisfecha todavía, que se tiene de ella.
4. De la divisibilidad de la mercancía, y de cualquier otro modo por el cual se la pueda ajustar a las necesidades de cada uno de los clientes.
5. Del desarrollo del mercado y, en especial, de la especulación; y por último,
6. Del número y de la naturaleza de las limitaciones que, social y políticamente, se han impuesto al intercambio y al consumo con respecto a la mercancía en cuestión.”²⁷

La enseñanza básica de Menger es que la moneda habrá de mantener una relación clara con la cantidad de productos que se intercambien en los centros de trueque de forma tal de mantener su valor y facilitar los intercambios y el cálculo económico. Véase que Menger señala las características de la moneda que va a ser “elegida” por la gente a cambio de los bienes y servicios que entrega. Esta “elección” de la moneda ha estado y está siempre presente, pese a las disposiciones de curso legal y forzoso; la Argentina tiene largos años de experiencia en esto a punto tal que mercados enteros (inmobiliario o automotor) utilizan otra moneda, el dólar, como medio de intercambio y unidad contable.

La moneda es también unidad de cuenta y generalmente medio de pago de los contratos formales. De ahí que alteraciones en su valor ocasionen todo tipo de distorsiones contractuales y serios impactos en la economía en su conjunto. Esto es particularmente oneroso cuando el curso forzoso obliga a la implementación de contratos exclusivamente en la moneda local. Las modificaciones en el valor de la moneda, generalmente fijado por el Poder Ejecutivo, ocasionan todo tipo de contratiempos y quiebran la coordinación de acciones en los mercados, convirtiendo relaciones comerciales amistosas en disputas conflictivas.

Uno de los peores eventos de esta naturaleza fue el relacionado con la crisis económica de los años 2001-02, la más profunda en la historia del país. En Agosto de 2001

²⁷ Menger, op. cit., p. 218.

se sanciona la así llamada “ley de intangibilidad de los depósitos”, cuyo artículo 2° estableció que “el Estado nacional en ningún caso podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes”. En el artículo 3° se establece que dicha ley es de “orden público” y que los derechos de los depositantes y las entidades depositarias son considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17° de la Constitución.

El hecho de que otro Poder Ejecutivo, aunque el mismo Congreso, hicieran precisamente lo que estaba prohibido por dicha ley tan sólo cinco meses después de su sanción hablan de por sí respecto a la seguridad jurídica en esta materia. Pero incluso el accionar del Poder Ejecutivo y la Corte con posterioridad a este hecho ha sido notablemente errático, multiplicando la inseguridad. Una nueva Corte Suprema justificó la alteración de los contratos de depósitos de moneda extranjera en el muy conocido fallo Bustos, Fallos: 327: 4495, de 2004, con argumentos tales como que:

“el propósito del acreedor no es el de conseguir moneda extranjera específica que no pudiera ser sustituida por ningún objeto sino el de lograr la estabilidad de la prestación dineraria, es decir, asegurar un poder adquisitivo constante”

“...No está probado que el depósito haya sido en dólares efectivamente ganados como tales – lo que deja abierta la posibilidad de que los haya comprado al precio vil que mantenía el Estado o que se haya tratado de un mero asiento contable – ni que los dólares estuviesen afectados a operaciones comerciales o financieras con el exterior que necesariamente deban afrontarse con esa moneda...”

La Corte presupone cuál es el propósito del acreedor cuando lo único que puede conocerse de las transacciones que se realizan en el mercado es la “preferencia revelada”, esto es que en el momento en que la persona vendió una moneda para comprar otra, por ejemplo pesos a dólares, valoraba más los últimos que los primeros. Nada más, y ningún propósito especial pueden inferirse de esas acciones ya que las valoraciones subjetivas de

las personas están fuera del alcance de los economistas, los psicólogos e incluso de los miembros de la Corte. En parte, se acerca a este principio básico de la ciencia económica el voto de la Dra. Argibay en el fallo Massa del 28/12/06, cuando sostiene en relación a que “los titulares de depósitos bancarios habrían recibido una cantidad de pesos que compensaba adecuadamente el poder adquisitivo del capital originariamente expresado en dólares”:

“Ya he dado las razones por las cuales no comparto este enfoque del derecho contractual cuyo amparo se pretende. He de añadir ahora, que estas argumentaciones no se encuentran respaldadas por ninguna demostración de la supuesta equivalencia económica entre el capital depositado por la parte actora y el reconocido por el Decreto Nº 214, mucho menos desde la perspectiva del depositante, puesto que para ello hay que suponer, sin fundamento alguno, que el capital depositado estaba destinado a comprar bienes en el mercado interno y, aún en ese caso, bienes cuyo precio no ha seguido la evolución del dólar (como ha sucedido con los inmuebles, por ejemplo).

En la medida que la verdad de esta premisa económica se invoca para revertir el defecto constitucional de la interferencia estatal, es decir, en interés de la parte demandada, es paradójico que la total ausencia de pruebas que la respalden se cargue en perjuicio de quien ha padecido esa interferencia y, por ello, entablado la presente demanda...”

Por otra parte, asumir que hay algún tipo de diferencia entre depositar una moneda (dólares billete) u otra (pesos, con la consiguiente compra/venta de moneda con la entidad bancaria correspondiente) es desconocer el más elemental funcionamiento de los mercados financieros y cambiarios. Cada depósito en dólares para el que se depositaban pesos incluía la compra/venta de esa moneda, lo mismo por el lado de los préstamos en dólares aunque se recibieran pesos.

La visión de la ciencia economía respecto a la moneda en relación a la que poseen algunos autores de las ciencias jurídicas no puede ser más diferente y opuesta. Recordemos los conceptos de Menger anteriormente mencionados respecto al origen de la moneda como resultado de la elección de un medio de intercambio por parte de quienes intercambian bienes y servicios o, en última instancia, derechos de propiedad.

Tomemos el caso del Dr. Barreira Delfino, por ejemplo²⁸. La moneda no es, para el autor, ese medio de intercambio que los individuos eligen para realizar sus transacciones y transferir sus derechos de propiedad, sino una “potestad superlativa” del Estado, justificando la pesificación forzosa y el fallo Massa:

“Todo ello en función de constituir el ejercicio de la soberanía monetaria, una potestad superlativa asignada por nuestra Constitución Nacional (LA 1995-A-26) al Congreso de la Nación, quien así tiene la responsabilidad excluyente de establecer la moneda nacional y su valor, en virtud de resultar un instrumento esencial para la existencia de la Nación”.

Resulta claro que para la ciencia económica el valor de una moneda no lo establece un Congreso o un Poder Ejecutivo, sino el mercado. Es más, los terribles efectos que para el autor soluciona el fallo Massa, fueron también motivados por el intento de fijar el valor de la moneda por parte del Congreso y al margen del libre funcionamiento del mercado.

Habría mucho más para comentar de un breve párrafo, pero que sintetiza una doctrina jurídica profundamente establecida tal como la vinculación de soberanía monetaria y la existencia misma de una nación cuando nos encontramos que en nuestro propio país toda transacción de un cierto volumen no se realiza en moneda local sino en moneda extranjera, libre elección de las partes; si tomamos en cuenta que muchos países (no solamente Panamá o El Salvador, sino tales como Alemania, Francia, Italia o España) no cuentan con una moneda nacional y no parecen haber puesto en peligro su existencia.

Todos los problemas que ha vivido la Argentina durante el siglo XX en relación a su moneda tienen su raíz en el monopolio de la emisión y el curso forzoso, pilares fundamentales de la así llamada “soberanía monetaria”, a punto tal que la misma ha llevado a la huida de los argentinos de la moneda local y su uso simplemente para transacciones de menor cuantía o en aquellas (tales como los salarios) en los cuales se fuerza su uso con pocas posibilidades de eludirlo.

²⁸ Barreira Delfino, Eduardo A., “La Corte Suprema y el caso Massa”, JA 2007-I-199 - SJA 21/2/2007, Lexis Nº 0003/013047.

Respecto a la pregunta de si el derecho de emergencia establecido en el fallo Massa viola el derecho de propiedad tutelado por la Constitución Nacional, la respuesta es que todo intento de fijar la paridad en forma compulsiva viola el derecho de propiedad y la libertad contractual de las partes para elegir los términos que estimen más convenientes.

Pero aún luego de haber intervenido en todos los contratos entre particulares, pesificando tanto depósitos como préstamos aunque a distintas paridades, la misma Corte vuelve a cambiar su criterio, al menos en dos oportunidades.

Uno de ellos es el Fallo Benedetti del 16/9/08. En ese caso por tratarse de un contrato de renta vitalicia previsional en dólares que se estima compatible con la tutela que la Constitución Nacional otorga a los beneficios de la seguridad social, la Corte sostiene que:

“Este principio no puede ser ignorado mediante un mecanismo autorizado por ley, como una renta vitalicia previsional, ya que la aseguradora se obligó a asumir el pago de una prestación convenida, la que debió ser constante en el tiempo y garantizar una rentabilidad determinada...”

La Corte decide que “se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada, se confirma la sentencia apelada, con los alcances que surgen del presente fallo, y en consecuencia, se reconoce el derecho de la actora a percibir las sumas en concepto de renta previsional en la moneda y demás condiciones pactadas”.

No solamente se discrimina con este fallo un determinado tipo de contrato (renta vitalicia) de otro (depósitos a plazo) sino que además se fundamenta el primer caso en el derecho de propiedad, el mismo cuya violación se aceptó en el segundo:

“Estas reglas deben ser protegidas por esta Corte como tribunal de garantías constitucionales. En este sentido, el término ‘propiedad’ debe ser

interpretado desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional).

Esta es la interpretación consolidada por diversos precedentes en los que se ha sostenido que 'el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquier que intente interrumpirlo en el goce del mismo' (Fallos: 145:307 y 172:21 [Fallo en extenso: eDial – AA1146], disidencia del juez Repetto”.

¿Entonces? ¿Existe el derecho de propiedad sobre una renta vitalicia y no sobre un depósito bancario? La incertidumbre es completa, vaya a saber en el futuro qué tipo de contrato se considera cubierto por este derecho y cuál no.

El segundo caso es la homologación del Acuerdo entre la Provincia de San Luis y el Estado Nacional (sentencia del 5/3/03) producida el 20 de diciembre de 2005 por el cual la provincia recupera su depósito en dólares en el Banco de la Nación Argentina mediante el cobro de una suma equivalente en pesos y bonos públicos en dólares. Nada de eso pudieron hacer los miles de depositantes atrapados en el “corralón”.

7. Intereses

No menor a la de la moneda es la volatilidad jurídica relacionada con los intereses. El fenómeno económico subyacente en la tasa de interés que se observa en el mercado es la preferencia temporal.

La preferencia temporal es una característica presente en toda acción humana, consistiendo en valorar más los bienes presentes que los bienes futuros. Si el ser humano no prefiriese el consumo presente al futuro, ahorraría constantemente y nunca consumiría, no habría ningún tipo de actividad económica. Un mismo bien es siempre preferido en el presente antes que en el futuro, hay una preferencia temporal respecto al

consumo de los bienes y servicios. El interés originario consiste en el descuento de los bienes futuros a presentes, dada la preferencia temporal.

El nivel de la tasa de interés originario es determinado en el mercado de bienes presentes por bienes futuros. En una economía monetaria ese mercado se expresa en términos monetarios porque el dinero es el bien presente por excelencia, debido a su liquidez. Debido a que el dinero es el medio general de intercambio, los bienes futuros son expectativas sobre la futura obtención de dinero. Debido a la ley de preferencia temporal, el dinero presente vale más que las actuales expectativas de obtener esa misma cantidad de dinero en el futuro. En otras palabras, el dinero futuro siempre se intercambiará con descuento respecto al dinero presente o, al revés, la cantidad de dinero a recibir en el futuro tiene que ser mayor que esa misma cantidad en el presente para considerarla el mismo “valor”.

En el mercado, por otra parte, habrá toda una estructura de tasas de interés, las que toman en cuenta los riesgos esperados de cada contrato a plazo. Esos riesgos incluyen al de pérdida de valor de la moneda. Nadie estaría dispuesto a postergar su consumo presente de determinado bien o conjunto de bienes por una cantidad de dinero futura que signifique una posibilidad de consumo menor.

No obstante, las políticas monetarias que han vuelto imposible poder evaluar el valor futuro de la moneda han destruido también el mercado de intercambio de dinero futuro a mediano y largo plazo. Esto ha ocasionado que los jueces no tengan un parámetro preciso para decidir cuándo un daño en un momento es equivalente a una compensación en otro distante. A la manipulación constante de la tasa de interés del mercado se le suma la reafirmación por Ley Nº 25.561, de la prohibición legal de ajustes destinados a hacer frente al deterioro del valor de la moneda que sancionara la Ley de Convertibilidad²⁹:

²⁹ Adicionalmente, hay una conducta “contra legem” del Estado Nacional, cuanto menos del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, cuando admiten asumir obligaciones dinerarias en moneda de curso legal ajustables por CER, en abierta contradicción con la prohibición absoluta antedicha.

“art. 7º: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley”;

“art. 10º: Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.”

Ante la imposibilidad de ajustar el valor nominal de la moneda la Corte Suprema aceptó, correctamente, incluir su cálculo en la tasa de interés como mecanismo de actualización del capital (fallo CSJN, YPF c/ Provincia de Corrientes” L.L. 1992-B-216), tomando la tasa pasiva. Pero luego en “Banco Sudameris c/ Belcam S.A.” (L.L., 1994-C-30) abandonó ese criterio y defirió la cuestión a la razonable discreción interpretativa de los jueces de la causa, habiendo inclusive fijado intereses a tasa activa, como en “Murcot S.A. c/ YPF”, (L.L., 1997-C-218).

La misma Corte Suprema de la Nación ha sostenido que su propia jurisprudencia en materia de intereses es obligatoria. Ha dicho "que los tribunales inferiores no pueden apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso en materia de pautas para la liquidación de intereses sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en los mismos pues dicha doctrina tiene un valor moral intrínseco que no puede ser despreciado por los jueces, quienes tienen la obligación de tratar y en su caso conformar sus decisiones a las del citado tribunal, atendiendo a su carácter de intérprete final de la Constitución y las leyes" (CS 6-7-2004 Quadrum SA c. Ciccone Calcográfica).

Pero siendo que su propio criterio ha sido variable, por debajo de ella reina la más completa confusión y una diversidad tal que impide saber con certeza cuál será la tasa de interés que se aplique en un determinado caso.

Un claro ejemplo de esta confusión puede observarse en Plenario "Calle Guevara" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial³⁰. Por un lado, la Cámara señala allí la diversidad de criterios provenientes de la misma Corte Suprema³¹, lo cual, obviamente ya no aportaba mucha seguridad jurídica. Pero luego, reemplaza la doctrina existente por una según la cual no corresponde la capitalización de intereses devengados por un crédito cuyo obligado se encuentra en mora. Y no se podría aplicar este criterio a los casos que la Cámara considera en esta revisión porque:

³⁰ Resolución del 25 de Agosto de 2003:

http://www.iusnews.com.ar/jurisprudencia/nacional/comercial/calle_guevara.htm

³¹ (a) Por un lado, son numerosos los pronunciamientos en los que la Corte dejó sin efecto las soluciones concretas que habían adoptado los jueces de la causa con base en la doctrina plenaria. Uno de los primeros recayó en la causa "García Vázquez, Héctor y otro v. Sud Atlántica Cía. de Seguros", sentencia del 22.12.1992, donde expresó que "la aplicación de la sentencia de la alzada que por remisión al fallo plenario del fuero dictado en la causa 'Uzal S.A. v. Moreno, Enrique', convalida la capitalización permanente y en breves lapsos, lleva a una consecuencia patrimonial equivalente a un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres (arg. arts. 953 y 1071 del Código Civil)". Por tales razones consideró que la sentencia vulneraba garantías constitucionales y debía ser descalificada como acto jurisdiccional (Fallos: 315:2980). El criterio se reiteró en ulteriores decisiones (ver Fallos: 316:3131; 317:53 y sus citas; 318:1345; 319:973; entre otros). (b) De otro lado, varios fallos del Alto Tribunal fueron más allá, en tanto implicaron una descalificación categórica de la propia tesis central del plenario. En tal sentido, consideró la Corte que la capitalización de intereses allí prevista importaba autorizar "la violación de una norma expresa de orden público (art. 623 Código Civil) sin que concurran los supuestos legales de excepción, de modo que la resolución adoptada por el a quo aparece desprovista de fundamento (conf. Fallos 316-3131)", y concluyó que la decisión dictada en virtud de la mencionada doctrina plenaria "se encuentra privada de apoyo legal suficiente y justifica su descalificación como acto jurisdiccional, pues implica un menoscabo de las garantías contempladas en los arts. 17 y 18 CN" (in re: "Okretich, Raúl A. v. Editorial Atlántida S.A.", pub. en JA,1999-IV, p. 602). En iguales términos se ha expedido en fecha muy reciente in re "Asociación de Propietarios de Farmacias v. Farmacia Central Merlo", sentencia del 21.5.2002, consid. 3º, A. 991, XXXVI). Como lo ponen de manifiesto esos precedentes, particularmente los últimos citados, el criterio establecido por la Corte Suprema sobre esta cuestión excede el margen de contingentes circunstancias propias de los casos examinados y tiende a descalificar puntualmente el núcleo de la doctrina plenaria, a la que considera contra legem. Y aún al margen de una reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal que cita el Dr. Calle Guevara en su requerimiento, en el sentido que los tribunales inferiores deben adecuar sus decisiones a las adoptadas por la Corte en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (conf. Fallos: 307:1094; 311:1644; 320:1660; 321:3201; 323:2322, entre muchos otros). He aquí pues otro motivo de cierta gravitación para rever la doctrina plenaria de que se trata.

“No es posible, pues, encontrar en ella [art. 565 del Código de Comercio] una habilitación conferida a los jueces para generalizar un sistema específico como el que caracteriza la operatoria bancaria. No sólo porque significaría incorporar en su texto algo que no está escrito en él, sino porque el régimen de las entidades financieras tiene modalidades propias y se aplica en un contexto donde, como hemos anticipado, se parte de un consentimiento de los clientes, además de un estricto contralor del Banco Central.”

En realidad, la capitalización de intereses no es invento particular de las entidades financieras sino que éstas han recogido los usos y costumbres en las relaciones entre deudores y acreedores desde que existe memoria de contratos de préstamo. Cabe imaginar qué acreedor estaría dispuesto a prestar sus fondos ante la posibilidad de que la mora del deudor no incluya la capitalización de los intereses devengados.

8. Los contratos y el poder de policía

La seguridad jurídica es esencial para la coordinación de las acciones de los individuos en sociedad, coordinación que se realiza a través de contratos.

La división del trabajo y la propiedad privada son los requisitos básicos para la existencia del intercambio mercantil de bienes y servicios. Estos intercambios se hacen efectivos a través de contratos y compromisos, los primeros como obligaciones legales, los segundos, morales.

En ambos casos se trata de obligaciones asumidas voluntariamente como la del vendedor que se compromete a entregar un determinado producto en cierta fecha y condiciones y la del comprador de abonar el precio acordado en el tiempo y forma establecida. O puede ser la entrega de un dinero a préstamo y la obligación de su repago en las condiciones acordadas. Muchos de estos contratos tienen un formato escrito y son firmados por los participantes, otros no, son compromisos verbales que las partes aceptan cumplir y respetar.

En todos los casos se trata de la transferencia de ciertos derechos de propiedad de una persona a otra, o varias. Se transfieren derechos de propiedad y no cosas en sí: en muchos casos la propiedad del objeto queda en poder del dueño original, el que transfiere su uso por un determinado período.

Un derecho de propiedad puede ser violado, y los intercambios frustrados, cuando las obligaciones contractuales no se cumplen. Una sociedad en la que esas actitudes predominen no podrá favorecer los intercambios y progresar

Los contratos son, además, un costo a tener en cuenta en los intercambios. Estos costos deben su nombre a Ronald Coase, quien los llamara “costos de transacción”. Incluyen lo necesario para encontrar a la otra parte de un intercambio, negociar con ella y luego de haber llegado a un acuerdo, verificar su cumplimiento. Todas estas actividades pueden ser tan costosas que ciertos intercambios sean descartados ya que no logran cubrir los mismos. De allí que una correcta información y el acceso a una justicia eficiente reducen estos costos y multiplican las posibilidades de intercambio.

La inseguridad jurídica afecta los intercambios incrementando estos “costos de transacción”, debido a la incertidumbre que genera respecto a las posibilidades de su cumplimiento. Precisamente, una de las tradicionales justificaciones de las funciones del Estado se encuentre en proveer normas y procesos que faciliten la realización de contratos y permitan resolver a bajo costo las disputas que puedan originarse. Pero cuando el Estado extiende sus funciones más allá y se convierte en juez y parte de los contratos entre particulares, la inseguridad se multiplica.

Originalmente, el Estado argentino no se atribuyó el poder de interferir en los contratos entre particulares, solamente lo mantenía para regular derechos individuales por cuestiones de interés público. Se llamó a ésta “teoría del poder de policía restringido” y se refería situaciones donde hubiera lesiones de derechos a la población en su conjunto o grupos pertenecientes a ella, lo que podría describirse como responsabilidad extracontractual colectiva.

Esta posibilidad de intervención se podría justificar desde el punto de vista económico si consideramos a los daños como “externalidades negativas” cuya solución se

dificulta por los elevados costos de transacción que implicaría una negociación entre las partes.³² Se la reservaba a problemas relacionados con la salubridad, seguridad y la moral públicas siendo fallos que sentaron esta doctrina: “Saladeros” (Podestá Santiago y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios – CSJN – 14/5/1887), “Departamento Nacional de Higiene c/Y. Sauveur”, “Huergo c/Estado Nacional”, J. A. García c/Mercado Independencia en cuanto a temas de salubridad; “Empresa Plaza de Toros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” en cuestiones de moralidad pública. Es más, la CSJN rechazó explícitamente la capacidad del Estado de entrometerse en contratos entre privados por razones de lo que comúnmente se llama en economía “externalidades pecuniarias” o efectos económicos del funcionamiento de la competencia en los mercados, en el caso “Hileret c/Provincia de Tucumán”.

Todo esto cambió con el paso de la doctrina del poder de policía restringido al poder de policía “amplio”, el cual comenzó a incorporar ahora la potestad del Estado de interferir en los contratos entre particulares en aras a la protección de cierto “bien común” que se vería amenazado por el accionar particular.

Esa doctrina se origina, como es ampliamente reconocido y citado en muchos fallos en el caso “Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta s/c consignación”, del 28 de Abril de 1922. Un propietario cuestiona la constitucionalidad de una ley que congeló los alquileres de las viviendas por un plazo de dos años, modificando los términos del contrato vigente. Se justifica dicha intervención en los siguientes términos:

“Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuando mayor sea el interés del público por aquello que constituye el objeto del

³² Stordeur, Eduardo (h), “Poder de Policía y Eficiencia: Análisis de los Fundamentales Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Martín Krause, *Análisis Económico del Derecho: Aplicación a Fallos Judiciales*, (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006).

monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avaricia o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del estado para ejercer eficaz control sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados.”

Cuesta comprender el análisis económico de la Corte en este caso. ¿Cómo puede existir un monopolio en el mercado de los alquileres? No solamente se trata de un mercado con oferta atomizada sino, más importante aún, sin barreras para el ingreso de nuevos oferentes, por lo cual la competencia cumplía su papel como en cualquier otro momento. Que en una economía estable ocurren cambios en los precios relativos es algo que sucede a diario y en todos los mercados.

Incluso más adelante, cuando describe la situación la Corte no logra demostrar la existencia de ningún monopolio, sino una situación común de escasez de existencias ante el crecimiento de la demanda, lo cual genera un aumento de precios, tanto en este mercado como en cualquier otro:

“La crisis de la habitación es un fenómeno general observado en los últimos años. Sea por la escasez de brazos, por la de materiales de construcción, por la falta de capitales, o por otras causas, pues el problema es por demás complejo, el resultado ha sido que desde la iniciación de la guerra, tanto en la república, como en muchos otros países, la edificación de viviendas no ha guardado relación con las exigencias derivadas del aumento progresivo de la población. Como consecuencia fatal de ese hecho, ha sobrevenido el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres. No habiendo oferta apreciable de habitaciones, ese precio era el que imponía el propietario, como era su derecho, pero sin la atenuación normal resultante de la competencia.”

No parece tratarse de ninguna “crisis económica” especial, sino de una circunstancia que suele presentarse en los mercados y que éstos resuelven sin mayores problemas si es que se permite su funcionamiento. Fue precisamente la norma que aquí se consideró “constitucional” la que destruyó el mercado inmobiliario durante décadas, desalentando toda oferta de viviendas con destino al alquiler.

Esta capacidad del Estado de intervenir en los contratos entre particulares se extendió luego a las tasas de interés (Avico c/de la Pesa) y el establecimiento de precios “máximos” (Vicente Martini e Hijos), dejando abierta la puerta, entonces, a la constitucionalidad de la fijación de todo tipo de precios, con las consiguientes secuelas de desabastecimiento, caída de la calidad de los productos controlados e incertidumbre general sobre la evolución de los precios.

9. Los contratos laborales

Entre la multiplicidad de contratos que regulan los intercambios de bienes y servicios en el mercado, los que se refieren al trabajo ocupan un lugar destacado, ya que éste es un factor de producción presente en la producción de todo bien o servicio.

Para quienes se desempeñan en el mercado laboral los marcos institucionales idóneos permiten mejores oportunidades de remuneración, de desarrollo de habilidades y, en general, de progreso como seres humanos. Para la sociedad en su conjunto, las relaciones laborales armónicas se traducen en mejores perspectivas debidas a una mayor productividad e innovación, lo cual, a su vez, permite mayor competitividad internacional, mayor crecimiento económico y mejores oportunidades de empleo para todos.

Pero las "buenas" relaciones laborales no se dan en un vacío institucional. Dependen de un marco jurídico que proteja los derechos de los empleados y los empleadores, abriendo las posibilidades a múltiples y cambiantes arreglos contractuales.

Si las regulaciones laborales de un país no contribuyen a ello, si socavan la cooperación y la confianza mutua, si restringen las libertades y las oportunidades, los

costos tienden a elevarse y a disminuir los beneficios de las partes contratantes y de la sociedad en su conjunto. De este modo surgen los problemas de desempleo, ingresos reducidos, menores posibilidades de capacitación, baja productividad escasa competitividad internacional y se afectan las autonomías individuales.

En la Argentina todo el andamiaje de legislación laboral construido principalmente a partir del siglo XX está basado en la creencia de que las relaciones laborales, por naturaleza, operan necesariamente inmersas en el conflicto, en la lucha entre el "capital" y el "trabajo", ignorando la naturaleza fundamentalmente cooperativa de estas relaciones y la mutua dependencia entre el empleador y el empleado. Esta visión errada no permite comprender que el capital no contrata: está constituido por maquinarias, equipos, herramientas, instalaciones y combinaciones de factores productivos que hacen de apoyo logístico al trabajador para aumentar sus ingresos en términos reales.

Aquella concepción equivocada conduce a encorsetar los vínculos contractuales y lleva a permanentes conflictos laborales y luchas políticas entre organizaciones sindicales de empleados y empleadores, los cuales se pretende resolver con criterios corporativistas.

Se trata de un sistema que intenta proteger a los trabajadores no a través de su libertad y sus derechos, sino mediante su sujeción a sindicatos que los representan coactivamente. En este sentido, la reciente decisión del tribunal supremo en la causa Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo sobre Ley de Asociaciones Sindicales³³ eliminando el monopolio de la representación de los trabajadores por parte de delegados que sean miembros del sindicato único es un paso significativo que puede ser el inicio de un cambio importante en esa pesada estructura jurídica.

Esto no ha modificado todavía el monopolio de la negociación colectiva, por medio de la cual las condiciones de trabajo y salarios negociados por un sindicato se aplican a quienes no pertenecen al mismo, y los empleados y los empleadores ven reducidas sus opciones.

Las relaciones entre los sindicatos y los representantes empresarios están claramente delimitadas a través de mecanismos regulatorios para la negociación y la

³³ Fallo A. 201. XL: <http://www.csn.gov.ar/documentos/verdoc.jsp>

resolución de disputas. Esto ha significado una creciente intervención gubernamental a través del arbitraje obligatorio y la intervención política directa.

Además, la intervención del Estado ha ido mucho más allá del otorgamiento de poder a quienes negocian en nombre de todos los demás y ha reglamentado extensamente las relaciones de empleo a través del salario mínimo, la jornada laboral, las regulaciones sobre seguridad y accidentes del trabajo y las condiciones de contratación. Incluso cuando se han propuesto e implementado reformas con el objetivo de reducir la así llamada, y reconocida por la propia CSJN, "industria del juicio", éstas son revertidas luego generando altos costos y nuevas incertidumbres en los empleadores (fallo CSJN Aquino, **Isacio C/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688, del 21/9/2004**)³⁴.

Si todas estas normas tenían como objetivo fomentar la "paz social" en los lugares de trabajo, y así elevar la productividad de la economía, su resultado ha sido un notorio fracaso. Los índices de desempleo, la caída de los salarios reales y la situación a la que han sido arrastrados gran parte de los trabajadores no hablan en favor de esta espesa maraña de regulaciones.

El fenómeno de la informalidad surge como respuesta de los damnificados por una legislación laboral supuestamente destinada a protegerlos, pero que en la práctica los deja sin posibilidades de trabajo.

La razón de esta alta tasa de empleo informal se encuentra en la extrema rigidez de la legislación laboral. Según el programa Doing Business³⁵ del Banco Mundial que compara las economías de todo el mundo, en cuanto a flexibilidad de los contratos laborales se refiere el primer lugar corresponde a Singapur, Estados Unidos y la islas Marshall, mientras que la Argentina se encuentra en el puesto 130 sobre un total de 181 países.

Pero al mismo tiempo, los empleos en el mercado "negro", no son empleos en el mercado "libre", porque carecen de instrumentos legales para garantizar el cumplimiento de los contratos.

³⁴ 7407 *A.2652.XXXVIII Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688.

³⁵ <http://www.doingbusiness.org/Default.aspx>

Resulta, en este sentido, preocupante, la reciente modificación del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo que extiende el principio “en la duda, a favor del trabajador” imperante en el derecho laboral hacia la duda que pudiera existir en la apreciación de la prueba, modificación presentada, como siempre, como un avance en la protección de los derechos de los trabajadores pero sin explicar que, como deja al empresario contratante indefenso multiplica la inseguridad jurídica de las relaciones laborales y probablemente promueva una litigiosidad masiva que empeorará la competitividad de la economía argentina.

10. Daños y molestias, teorema de Coase y derechos de tercera generación

En tanto y en cuanto vivimos en sociedad, será inevitable que los efectos de ciertas acciones repercutan en los demás. Estos efectos, que denominamos externalidades, pueden ser positivos (beneficios) o negativos (costos), y recaen en terceras personas sin que éstas hayan sido parte de la acción que los origina.

Las externalidades positivas no son materia de acción judicial. Su tratamiento plantea dos alternativas:

- a. Que el actor considere que las ventajas que obtiene de la acción son tales que esté dispuesto a asumir todos los costos de la misma sin importarle que ciertos beneficios se derramen sobre otros, como podría ser el caso de quien decide proteger su casa con vigilancia privada y esto genera un cierto grado de protección para sus vecinos.
- b. Que los costos sean tan altos que ninguno de los que están por beneficiarse del proyecto esté dispuesto a cubrirlos. En tal caso el proyecto sólo se realizará si un número suficiente de los interesados comparte los costos.

En cuanto a las externalidades negativas, la jurisprudencia argentina se acerca, aunque sin mencionarlo, a la interpretación económica neoclásica asociada con el economista inglés Alfred C. Pigou. Éste autor avanzó un paso más allá de la definición del fenómeno hacia los beneficios de su “internalización”. Y no sólo eso, sino que propuso

como forma de alcanzar ese objetivo la intervención gubernamental por medio de subsidios para las externalidades positivas e impuestos para las negativas.

Considerando el caso de la contaminación atmosférica originada en una fábrica, Pigou desarrolló el concepto de “costo social”, generado por lo que en adelante se denominarían “externalidades”. La divergencia entre el producto social y el privado se da cuando:

“una persona A, en el transcurso de brindar cierto servicio, por el cual un pago es realizado, a una segunda persona B, incidentalmente también brinda servicios o des-servicios a otras personas (no productoras de tales servicios), de naturaleza tal que no puede extraerse un pago de las partes beneficiadas u obtener compensación para las partes afectadas”.³⁶

En el caso de la fábrica, dice Cheung³⁷:

“He aquí el argumento central de Pigou. Si se deja que el propietario de la fábrica de calzado pueda perseguir su propio beneficio, éste ignorará los efectos contaminantes y elevará ‘excesivamente’ el nivel de producción. Para conseguir la debida eficacia económica deberá, pues, modificarse el comportamiento del dueño de la fábrica mediante políticas gubernamentales ‘correctivas’, tales como la aplicación de impuestos o de compensaciones obligatorias a los vecinos perjudicados o la coactiva regulación tanto del volumen de producción como de la contaminación o, en último extremo, proceder a la total supresión de la fábrica”.

Este es el concepto predominante también en la jurisprudencia argentina en la materia. Por ejemplo, así se define en Maceroni Francisco y otros c/Dirección General de Fabricaciones Militares de 1995³⁸:

“Externalidad es la transferencia a otras personas o a la sociedad de los costos que no se han realizado para evitar perjuicios ambientales de un determinado establecimiento. Sintetizando, la industria ha producido daño

³⁶ Pigou, A.C.; *The Economics of welfare*, Macmillan, London. 1920 1a. ed, 1932 4a. ed.

³⁷ Cheung, Steven N. S.; *El Mito del Coste Social: crítica de la economía del bienestar y de sus implicaciones políticas*. Unión Editorial, Madrid, 1980.

³⁸ Maceroni, Francisco y otros c/Dirección General de Fabricaciones Militares 3/09/96 , C.F.L.P., Sala I.

ambiental porque ha ahorrado y ‘transferido’ o ‘externalizado’ los costos hacia el entorno (recursos, personas y sociedad).

...En este sentido, considero que este daño ambiental ya probado debe ser reparado”.

¿Debe ser reparado o debe cesar la emisión de la externalidad? Esto es motivo de una larga discusión en la jurisprudencia. Una vez determinada la existencia de la externalidad negativa, se discute, no obstante, su corresponde el cese de la misma o la indemnización de los daños, o ambos. Se citan distintos autores, por ejemplo, en “Espíndola Dominga Esther c/Movicom Bellshouth s/daños y perjuicios del 9/2/07”³⁹:

“Según Borda el juez se enfrenta ante una alternativa, pues no podría acumular la orden de cesación y la indemnización, y que solamente en el caso de culpa o dolo puede condenar al cese de las molestias y a la indemnización de daños por aplicación de las normas generales sobre hechos ilícitos.

Para Mariani de Vidal, ‘la letra de la ley parece apoyar esta última opinión. Pero es evidente que si se han producido daños materiales, ellos deben ser indemnizados, por aplicación de los principios comunes, y creemos que también el juez podría fijar una suma a abonarse hasta la realización de las obras tendientes a la supresión de la molestia, porque la subsistencia de la misma acarrea un perjuicio que debe indudablemente indemnizarse en el interin’.

Sostiene Llambías: ‘Si bien se mira las dos opiniones expuestas no son antitéticas, pues Borda no descarta los daños y perjuicios sumados a la cesación de la actividad cuando aquellos encajan en los principios generales del responder civil y la imposición de una indemnización hasta que se supriman las molestias de la que se hace cargo Mariani de Vidal, no parece encontrar obstáculo en la idea de la alternatividad, pues allí más que acumulativamente, la indemnización y la efectivización de la condena a cesar en las molestias operan sucesivamente’ (Código Civil Anotado, Doctrina-Jurisprudencia, Tomo IV-A, de Jorge Joaquín Llambías-Jorge H. Alterini, ed. Abeledo- Perrot).

Sostiene Kiper, que: “...La ley le permite al juez disponer la indemnización de los daños producidos y, además, la cesación de las molestias o su disminución al límite que se considere normalmente tolerable. Es decir que a pesar del empleo de la conjunción disyuntiva “o” cabe entender que el juez puede disponer ambas cosas, sin tener que optar por una de las soluciones.”

³⁹ ESPINDOLA MARIA c/MOVICOM BELLSOUTH s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte.nº 17.008/03.

La Corte Suprema, por su parte, ha señalado en “Piaggi Ana Isabel c/Embajada de la República Islámica del Irán s/cesación de ruidos molestos del 10/2/98⁴⁰” que:

“... no hace lugar a la indemnización pedida, dado que de conformidad con las amplias facultades que otorga a los jueces el art. 2618 del Código Civil se debe optar, según las circunstancias del caso, entre la reparación de los daños ocasionados o la cesación de las molestias. En el sub lite, por la naturaleza de la cuestión planteada, resulta suficiente la medida adoptada, ya que la causa de las molestias es subsanable”.

Sin embargo, no son éstas las dos únicas posibilidades. Como señalara Ronald Coase en el ahora conocido como “teorema de Coase”, en tanto y en cuanto los costos de transacción sean bajos o nulos, las partes llegarán a un acuerdo eficiente para internalizar las externalidades negativas... sin importar a quien se asigne el derecho. Esto no quiere decir que no sea importante la función del juez de determinar si ha ocurrido el daño o la molestia, sino que afirma que las partes alcanzarán una solución eficiente si luego de esa decisión negocian de forma tal de resolver la externalidad de la forma más eficiente posible.

Volviendo al ejemplo de la fábrica que contamina al vecino. El juez puede, y seguramente debe, fijar una indemnización por el daño ocasionado por la contaminación de la fábrica, pero si los costos de transacción son bajos (y eso probablemente debería asumirse si el juez ya ha determinado los alcances del derecho de propiedad y se trata de pocos involucrados en la negociación) no sería eficiente determinar el cese de la actividad que genera la externalidad.

Si la decisión judicial, por ejemplo, asignó al vecino el derecho a una atmósfera limpia en cierto grado, y la eliminación de la externalidad negativa fuera muy costosa para la fábrica, ésta podría comprar el “derecho” del vecino (o su propiedad) o cualquier combinación de emisión y pago que quieran acordar, y en ese intercambio las dos partes

⁴⁰ P. 1720. XXXII. Piaggi, Ana Isabel c/ Embajada de la República Islámica del Irán s/ cesación de ruidos molestos., 10 de febrero de 1998

mejorarían su situación en el “sentido de Pareto” (dos han mejorado sin que los demás empeoren su situación).

En definitiva, la jurisprudencia argentina sostiene que el juez tiene la alternativa de elegir entre indemnización y/o cese, mientras que el teorema de Coase deja esa decisión en manos de las partes.

En algunos casos esta posibilidad es reconocida. Así, por ejemplo en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en autos “Aspiroz Costa, Francisco y otros c/PASA S.A. y otros s/daños derivados de la vecindad⁴¹”, se reconoce esta posibilidad:

“Al respecto, cabe señalar que nuestra legislación acogió a la transacción en los arts. 832 a 861 del Cód. Civil como modo de extinción de las obligaciones; y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación actualmente prevé tanto a la transacción como a la conciliación como formas anormales de terminación del proceso, las que se encuentran reguladas respectivamente en los arts. 308 y 309 de dicho ordenamiento.

Se ha dicho que la transacción es la sumisión o renuncia parcial, denominada justamente un contrato civil con proyecciones procesales; como también que examinada desde el punto de vista estrictamente procesal, la transacción es una doble renuncia o desestimiento, el actor desiste de su pretensión y el demandado renuncia a su derecho a obtener una sentencia; este acto dispositivo procesal corresponde a un contrato análogo de derecho material en el cual ambas partes, haciéndose recíprocas concesiones, dirimen un conflicto mediante autocomposición, por lo que así entendida, la transacción no es, como se dice habitualmente, un subrogado de la cosa juzgada, sino una doble renuncia a la cosa juzgada (Leguisamón, Héctor Eduardo y Porzio, Paula Eugenia, “Inoponibilidad relativa de la transacción y la conciliación, L.L.: 1999-F-398).

El art. 832 del Cód. Civil da el concepto de transacción, diciendo que es el “acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”. Por ende, la transacción, como contrato, funciona para el proceso civil y comercial como un medio de extinción del mismo, anormal y bilateral (Carbone, Carlos Alberto, “Algunos perfiles procesales de la transacción de derechos litigiosos referidos a la presentación y homologación”, L.L. 1990-D-683).

Nuestra doctrina y jurisprudencia se han encargado de remarcar el carácter de principalísimos de tales sacrificios mutuos, en cuanto elemento de la

⁴¹ "Aspiroz Costa, Francisco y otros c/ PASA S.A. y otro s/ daños derivados de la vecindad" - CNCIV - SALA J, 27 de Octubre de 2005.

transacción: ya que sería precisamente su existencia lo que las define y tipifica (Salvat, Raymundo M. y Galli, Enrique V., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general", t. III, 1952, Ed. Tea, p. 191 y ss., n. 1840; Lafaille, Héctor, "Tratado de Obligaciones", t. I, 1947, Ed. Ediar, p. 397, n. 473-b; Rezzónico, Luis M., "Estudio de las obligaciones", t. II, 1961, Ed. Depalma, p. 1022 y ss.; Colmo, Alfredo, "Obligaciones en general", 1947, Ed. Kraft, p. 568, n. 813; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. I, 1983, Ed. Perrot, p. 661, n. 924-b; Santos Briz, Jaime, "Derecho civil. Teoría y práctica, t. IV, 1973, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 577; Puig Peña, Federico, "Tratado de Derecho Civil español, t. IV, vol. II, 1946, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, p. 517)."

No obstante, ese carácter de "principalísimo" es luego cuestionado y dejado de lado. En el fallo citado, los camaristas desestiman el acuerdo particular involucrado en el caso por no ser oponible a las personas físicas que eran accionantes; porque no se verifica una identidad exacta de contenido en lo que entonces fuera materia de concesiones recíprocas con lo que se reclamaba allí y...

"finalmente, no resulta dudoso que por el carácter personalísimo, privativo de la persona física, que reviste el derecho constitucional a la vida, a la salud y a la integridad física que subyacen en el derecho al medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, éste no podría, en principio, ser renunciable ni objeto de transacción alguna".

En un complicado juego de palabras, parece que lo "personalísimo" entra en conflicto con lo "principalísimo", o los derechos de "tercera generación" suplantán a los de "primera generación".

"El conflicto de las relaciones de vecindad se sitúa en la esfera privada, y sigue una regla de solución basada en la reciprocidad, puesto que el derecho de cada uno se extiende hasta donde comienza el del otro. En cambio, el conflicto entre el bien ambiental y la propiedad, se sitúa en la esfera social, donde tiene primacía el bien social sobre el bien individual.

De allí que cuando el ejercicio del derecho de propiedad lleva a la lesión de bienes ambientales, deba protegerse a este último y limitarse al primero. De igual modo, cuando se lesiona a la propiedad, como consecuencia de la protección ambiental, deba admitirse el "sacrificio" por la primacía de la esfera social

(Lorenzetti, Ricardo L. "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente" cit.).

Cuando se define que un derecho de tercera generación es "irrenunciable" y no es "objeto de transacción", el efecto es el mismo que el explicado por Coase en su teorema en los casos de altos costos de transacción. En este caso serían infinitos porque se trata de una prohibición. En tales casos, el juez decide el destino del recurso.

¿Será ésa una decisión eficiente? Según Coase, la decisión "eficiente" que el juez debe buscar es aquella a la que hubieran llegado las partes por medio de una transacción en "ausencia de costos de transacción". Esto es, el juez debe tratar de mimetizar lo que el "mercado" (la negociación voluntaria) hubiera dado como resultado. La paradoja es que esa transacción podría haberse realizado, sólo que la definición del derecho como no sujeto a transacción la ha impedido. En ausencia de esa transacción, será imposible para el juez obtener información acerca de las preferencias de las partes de forma tal de tomar su decisión. Que errara en tal caso no sería tan importante si las partes pudieran luego reacomodar los derechos de acuerdo a sus preferencias, pero si es ésa negociación la que se impide, se sanciona la ineficiencia. Pues, ¿qué otra definición de eficiencia valdría tomar que no fuera aquella que mejor se adecúa a las preferencias reveladas de los individuos? Cualquier otra tendría que ser la preferencia de algún otro, y en tal caso debería argumentarse por qué esa preferencia sería superior a la de los involucrados.

11. Conclusiones

La inseguridad jurídica es una de las principales razones por las que la Argentina ha mostrado un pobre desempeño económico en el último siglo. Otras causas incluyen los graves errores de política económica tales como controles del tipo de cambio combinados con elevados déficits fiscales, fuerte endeudamiento público, políticas de excesiva expansión monetaria, elevado proteccionismo, subsidios por doquier, altos impuestos y una pesada estructura burocrática estatal. La economía argentina no ha podido aprovechar los períodos de bonanza internacional como hubiera podido, al tiempo que ha

sufrido todas las consecuencias de las crisis internacionales, sumadas, por supuesto, a las propias.

No es de extrañar que el país haya descendido muchas posiciones en el análisis comparado del ingreso per cápita, en paralelo a la su caída en los indicadores de calidad institucional.

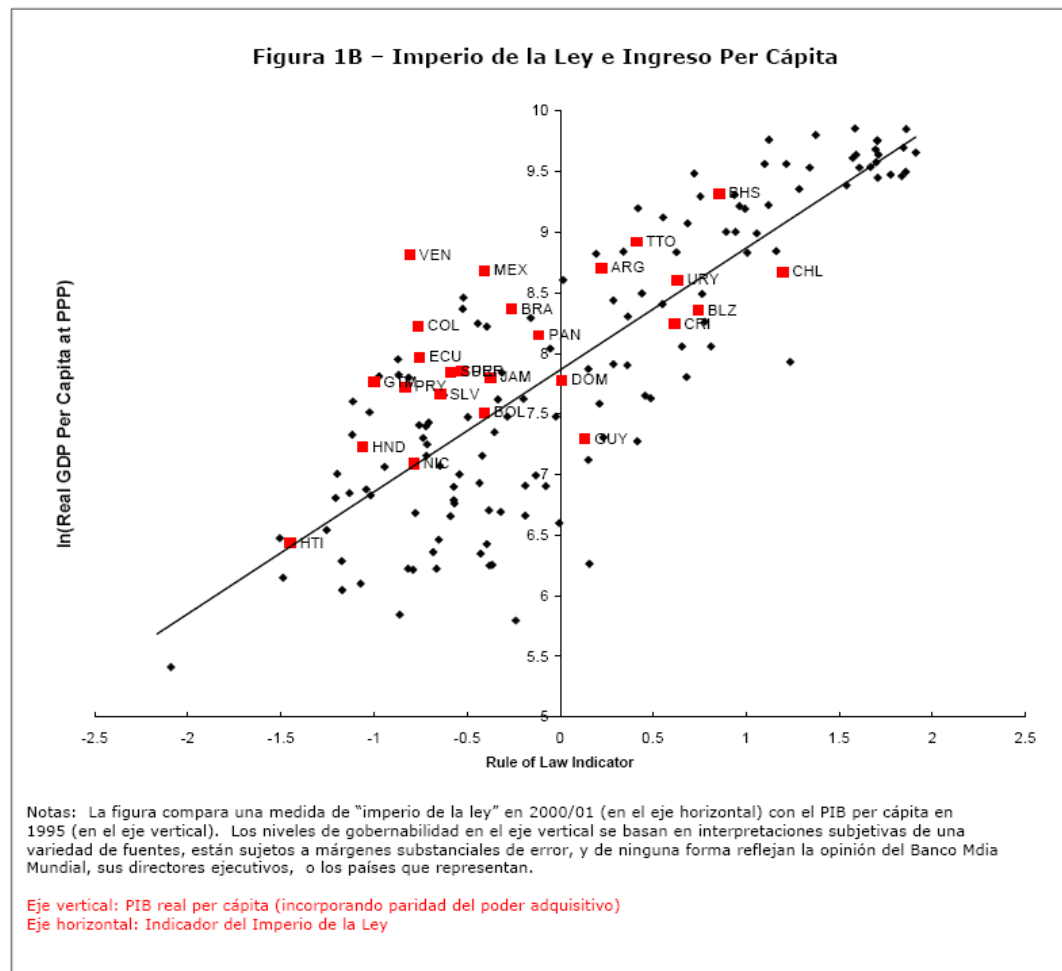
Los factores de producción tienen creciente movilidad. Lo que llamamos “globalización” no es otra cosa que la profundización de este fenómeno. Los individuos se trasladan cada vez más fácilmente de un lugar a otro, también los capitales. Esta mayor movilidad somete a las distintas jurisdicciones a la competencia y la seguridad jurídica, si bien no el único, es un elemento esencial en esas decisiones.

Es difícil imaginar un flujo de inmigrantes hacia un país donde se violen sus más elementales derechos, de hecho todas las experiencias son en sentido contrario. Y de la misma forma, tampoco hay flujos de capital hacia donde los inversores no vean que sus derechos serán protegidos. Es más, el capital se va en busca de seguridad jurídica o se sumerge en la economía informal.

Los temas considerados en este trabajo son tan sólo algunos de los que afectan al normal funcionamiento de la economía, la inseguridad jurídica está presente en muchos otros: las normas cambiarias y la manipulación del tipo de cambio, los impuestos, los blanqueos o moratorias, el tratamiento de los ahorros previsionales, la regulación de los servicios públicos. Y que hay que decir de aquellas acciones de control en ciertos mercados que ni siquiera asumen la forma de una norma, sino tan sólo la orden de un funcionario de turno.

Un aspecto tienen todas las doctrinas aquí analizadas en común: en aras de la protección de ciertos “derechos”, al menos así siempre se presentan, se terminan violando otros mucho más fundamentales para la convivencia pacífica en sociedad, la prosperidad y el progreso

La relación entre la vigencia de la ley y la prosperidad económica es evidente en el siguiente cuadro⁴²:



La relación entre el "imperio de la ley" y el ingreso per cápita es evidente a simple vista. No obstante, toda relación entre dos variables genera una pregunta relacionada con la causalidad: ¿es el "imperio de la ley" la causa del mayor ingreso económico o, al revés, los países con mayor ingreso económico pueden permitirse un mejor desempeño jurídico?

Existen distintas formas de "demostrar" esa relación causal. El cuadro anterior muestra datos históricos, y la historia no tiene leyes. Podemos aplicar el razonamiento y la comprensión para determinar una o varias relaciones causales de un determinado hecho

⁴² Kaufmann, Daniel & Art Kraay, "Gobernabilidad y crecimiento en el largo plazo: Evidencia para Latinoamérica y el Mundo", <http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/growthgov-e.pdf>

histórico y sostener que esas fueron sus causas, pero no podemos elaborar desde allí una ley que nos permita realizar proyecciones acerca de situaciones futuras.

Pero si la historia no tiene leyes, la ciencia económica sí. Son las leyes de la economía las que prueban la relación causal entre la existencia de un marco institucional que respeta y promueve los derechos individuales, la propiedad, la libertad contractual y de intercambios, de expresión y opinión, y la mayor cantidad de oportunidades que se presentan a los individuos.

No obstante, también pueden presentarse ejemplos históricos para mostrar la causalidad entre el imperio de la ley y el progreso económico. Los ejemplos abundan: la vigencia de los derechos individuales y las limitaciones al gobierno tras la Carta Magna y la Revolución Gloriosa y la consiguiente Revolución Industrial y el progreso de Inglaterra; la conformación de los Estados Unidos y su notable crecimiento durante los siglos XIX y XX; el marco institucional de posguerra en Alemania Occidental y su comparación con los resultados de Alemania Oriental; lo mismo entre Corea del Sur y Corea del Norte, o entre Hong Kong y China; el gran cambio institucional ocurrido en Chile en dos etapas, una económica bajo un gobierno dictatorial y otra cívico-política tras la restauración democrática; el gran auge de Argentina tras su unificación bajo una Constitución basada en los principios antes expuestos.⁴³

Entre los economistas, no obstante, predomina el análisis estadístico basado en regresiones. Así, por ejemplo, Roll & Talbott⁴⁴ analizan los determinantes del ingreso bruto per cápita y concluyen que los derechos de propiedad tienen el mayor impacto positivo, al tiempo que el volumen de la actividad informal el mayor pero negativo. También contribuyen a la explicación los niveles de regulación (-), de inflación (-), de libertades civiles (+), derechos políticos (+), libertad de prensa (+), gastos

⁴³ Entre otros muchos trabajos dentro de esta perspectiva podemos mencionar a Olson (1982), North & Thomas (1973), Scully (1988), North (1981, 1990), Jones (1981), Landes (1998), De Soto (2000, 2002), Rosenberg & Birdzell (1986), Hall (1985), Werner (1988), Rougier (2001), Bethell (1998). Ver en Bibliografía.

⁴⁴ Roll, Richard & John Talbott (2003a) "Political and Economic Freedoms and Prosperity", <http://www.anderson.ucla.edu/documents/areas/fac/finance/19-01.pdf>

gubernamentales (+) y barreras al comercio (-). Para verificar que estas variables son causas y no efectos analizan la trayectoria del ingreso bruto antes y después de importantes liberalizaciones políticas o golpes dictatoriales durante la segunda mitad del siglo XX. En promedio, las liberalizaciones son seguidas de dramáticos incrementos en los ingresos mientras que a los eventos anti-democráticos les siguen reducciones en el crecimiento. Su conclusión es que los países se pueden desarrollar más rápidamente protegiendo derechos de propiedad, promoviendo la independencia de la justicia, atacando la corrupción, desmantelando las pesadas regulaciones, permitiendo la libertad de prensa y protegiendo los derechos políticos y las libertades civiles.

Conclusiones similares obtienen Gwartney, Holcombe y Lawson⁴⁵. Chong & Calderón⁴⁶ miden empíricamente el vínculo entre medidas de desarrollo institucional y pobreza durante el período 1960-1990 y concluyen que cuanto más eficientes son éstas menor es el grado, incidencia y severidad de la pobreza. Sus regresiones muestran resultados robustos para una medida general de calidad institucional como también para un índice de riesgo de expropiación y otro de calidad de la burocracia.

Por supuesto, también vinculada con una mayor cantidad de oportunidades se encuentra la actividad emprendedora. Nyström⁴⁷ y Bjørnskov & Foss⁴⁸ presentan evidencias sobre los determinantes de la actividad emprendedora para un conjunto de países mostrando que mayores niveles de libertad económica, junto a un menor tamaño del gobierno, una adecuada estructura legal y de respeto al derecho de propiedad y

⁴⁵ Gwartney, James, Randall Holcombe & Robert Lawson (2004) "Economic Freedom, Institutional Quality and Cross-Country Differences in Income and Growth, *Cato Journal*, Vol. 24, No. 3.

⁴⁶ Chong, Alberto & César Calderón (2000) "Institutional quality and Poverty measures in a cross-section of countries", *Economics of Governance*, Vol. 1, Nr. 2.

⁴⁷ Nyström, Kristina (2008), "The Institutions of Economic Freedom and Entrepreneurship: Evidence from Panel Data", *The Ratio Institute Working Papers 114*, Estocolmo, Suecia.

⁴⁸ Bjørnskov, C. & N. J. Foss (2007), "Economic Freedom and Entrepreneurial activity: Some Cross country Evidence", *Public Choice* (forthcoming).

menores regulaciones al crédito, al trabajo y a los negocios tienden a incrementar la actividad emprendedora.⁴⁹

¿Cuál es el camino hacia la seguridad jurídica? Según David Hume, a quien citamos en el comienzo en relación a las tres leyes fundamentales para la convivencia en sociedad, el primer paso está relacionado con el propio interés, cuando los individuos advierten que es imposible vivir en sociedad sin restringirse a sí mismos por medio de tales reglas; y luego la moralidad, cuando este interés ha sido ya atendido y las personas encuentran placer al contemplar que tales acciones tienden a establecer la paz en la sociedad, y desagrado al ver las que son contrarias a ello.

Hoy, poco se comprende esa necesidad de restricción para evitar violar derechos de otros, por el contrario, se demandan todo tipo de derechos sin importar si avasallan los de terceros. La moral predominante resulta acorde a ello.

¿Qué demanda del gobierno? Tener en cuenta aquella pregunta que planteara y contestara Juan Bautista Alberdi. “¿Qué exige la riqueza de parte de la ley para producirse y crearse? Lo que Diógenes exigía de Alejandro: que no le haga sombra” (*Sistema Económico y Rentístico, Obras Completas, Tomo IV, p. 150*).

⁴⁹ Otros trabajos presentando demostraciones econométricas de las relaciones entre elementos del “imperio” de la ley y la prosperidad económica son: Alesina & Perotti (1996), Alesina & Rodrick (1994), Arrieta (1988), Barro (1996) (1997), Barro & Sala-i-Martin (1995), Berggren (2003), Besley (1995); Bhagwati (1988); Borner et al (1995), Brunetti et al (1998), Caselli et al (1996); Clague et al (1995), Dawson (1998), De Vanssay & Spindler (1992), Frankel and Romer (1999); Goldsmith (1995), Green (1986); Hall & Jones (1999), Helliwell (1994) (1996), Knack & Keefer (1995) (1997a) (1997b), Knack (1996), Kormendi & Meguire (1985), Krueger (1983); Isham et al (1997); Lane & Tornell (1996), Levine & Renelt (1992), Mauro (1995), McKinnon (1973); Murphy et al (1991), Perotti (1996), Persson & Tabellini (1994), Rodrik (1999), Roll & Talbott (2003b), Sachs & Warner (1995), Spindler (1991), Temple & Johnson (1999), Van Wijnbergen (1983). Ver en Bibliografía.

Bibliografía

- Alesina, Alberto & Roberto Perotti (1996). "Income Distribution, Political Instability, and Investment." *European Economic Review* 40, 6 (June), 1203–28.
- Alesina, Alberto & Dani Rodrik (1994). "Distributive Politics and Economic Growth." *Quarterly Journal of Economics* 109 (May), 465–90.
- Arrieta, G. M. Gonzales (1988). "Interest Rates, Savings and Growth in LDC's: An Assessment of Recent Empirical Research." *World Development* 16, 5 (May).
- Barro, R. J. (1997), *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study*, MIT Press.
- Barro, R. J. (1996) "Democracy and Growth." *Journal of Economic Growth* 1: 1–27.
- Barro, R. J., & Sala-i-Martin, X. (1995) *Economic Growth*. New York: McGraw Hill.
- Bastiat, Frédéric (2004), "La Ley", en *Obras Escogidas*, (Madrid: Unión Editorial).
- Berggren, Niclas (1999) "Economic Freedom and Equality: Friends or Foes?", *Public Choice* 100, Issue 3-4, 203-223.
- Berggren, Niclas (2003), "The Benefits of Economic Freedom: A Survey", *The Ratio Institute Working Papers* 3, Estocolmo, Suecia.
- Besley, T (1995), "Property Rights and Investment Incentives: Theory and Evidence from Ghana", *Journal of Political Economy* 103, 5.
- Bethell, Tom (1998), *The Noblest Triumph: Property and Prosperity through the Ages*, St. Martin's Griffin.
- Bhagwati, Jagdish (1988). "Export-Promoting Trade Strategy: Issues and Evidence." *The World Bank Research Observer* 3, 1, (January), 27-57.
- Bjørnskov, C. & N. J. Foss (2007), "Economic Freedom and Entrepreneurial activity: Some Cross country Evidence", *Public Choice* (forthcoming).
- Böhm-Bawerk, Eugen von. [1881] 1962, "Whether Legal Rights and Relationships are Economic Goods." en *Shorter Classics of Eugen von Böhm-Bawerk*. South Holland, Ill.: Libertarian Press; título original, "Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre." Innsbruck, Austria: Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung.
- Borner, Silvio, Aymo Brunetti, & Beatrice Weder (1995). *Political Credibility and Economic Development*. New York: St. Martin's Press.
- Brennan Geoffrey y James M. Buchanan, ([1987]1997) *El Poder Fiscal*, (Barcelona: Ediciones Folio S.A., 2/5/97).
- Brunetti, Aymo, Gregory Kisunko, & Beatrice Weder (1998). "Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector." *The World Bank Economic Review* 12, 3, 353-384.
- Caselli, Francesco, Gerard Esquivel, & Fernando Lefort (1996). "Reopening the Convergence Debate: A New Look at Cross-Country Empirics." *Journal of Economic Growth* 1, 3 (September), 363-369.
- Chong, Alberto & César Calderón (2000) "Institutional quality and Poverty measures in a cross-section of countries", *Economics of Governance*, Vol. 1, Nr. 2.
- Clague, Christopher, Philip Keefer, Stephen Knack, & Mancur Olson (1995). "Contract-Intensive Money: Contract Enforcement, Property Rights, and Economic Performance." Economics Department, University of Maryland, College Park.
- Coase, Ronald H., ([1937] 1996) "La Naturaleza de la Firma", originalmente en *Economica* 4, p. 386., traducción en Oliver E. Williamson y Sydney G. Winter (compiladores) *La Naturaleza de la Firma: Orígenes, Evolución y Desarrollo* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996).
- Coase, Ronald (1960), "The problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, October 1960.
- Coase, Ronald (1974), "The lighthouse in Economics", *Journal of Law & Economics*, Vol. 17 No 2, October 1974.
- Dawson, John W. (1998). "Institutions, Investment and Growth: New Cross-Country and Panel Data Evidence." *Economic Inquiry* 36, 4, 603-619
- De Soto, Hernando (2001), *El misterio del capital*, (México: Editorial Diana).
- De Vanssay, Xavier & Zane A. Spindler (1992). "Freedom and Growth: Do Constitutions Matter?" Economics Department, Simon Fraser University, Vancouver, B. C., Canada.
- Epstein, Richard A (2005), *Reglas simples para un mundo complejo*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú).

Fon Vincy & Francesco Parisi (2007), "On the Optimal Specificity of Legal Rules", Law and Economics Research Paper 04-32, George Mason University School of Law.

Hayek, Friedrich A von (1988), *The fatal Conceit: The Errors of Socialism*, (Chicago: The University of Chicago Press).

Frankel, Jeffrey A. & David Romer (1999). "Does Trade Cause Growth?" *The American Economic Review* 89, 3 (June), 379-399.

Goldsmith, Arthur A. (1995). "Democracy, Property Rights and Economic Growth." *The Journal of Development Studies* 32, 2 (December), 157-174.

Green, Steven L. (1986). "Monetary Policy in Developing Countries and the New Monetary Economics." *Journal of Economic Development*. (December).

Gwartney, James, Randall Holcombe & Robert Lawson (2004) "Economic Freedom, Institutional Quality and Cross-Country Differences in Income and Growth, *Cato Journal*, Vol. 24, No. 3.

Hall, John A. (1985), *Power and Liberties: The Causes and Consequences of the Rise of the West*, University of California Press.

Hall, R.E. & C. I. Jones (1999) "Why do Some Countries Produce so Much More Output per Worker than Others?", *Quarterly Journal of Economics* 114, 1.

Hayek, Friedrich A von (2001), *Camino de Servidumbre* (Madrid: Unión Editorial).

Helliwell, John F. (1994). "Empirical Linkages between Democracy and Economic Growth." *British Journal of Political Science* 24, 2 (April), 225-248.

Helliwell, John F. (1996) "Do Borders Matter for Social Capital, Economic Growth and Civic Culture in U. S. States and Canadian Provinces." NBER Working Paper 5863. *National Bureau of Economic Research*, Cambridge, Mass.

Higgs, Robert & Charlotte Twight, "National Emergency and the Erosion of Private Property Rights", The Independent Institute, San Francisco, 1987)

Hirschman, Albert O., (1970) *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Isham, Jonathan, Daniel Kaufmann & Lant Pritchett (1997). "Civil Liberties, Democracy, and the Performance of Government Projects." *The World Bank Economic Review* 11, 2, 219–242.

Jones, E.L. (1981), *The European Miracle: Environments, Economies and Geopolitics in the History of Europe and Asia*, Cambridge: Cambridge University Press.

Knack, Stephen (1996). "Institutions and the Convergence Hypothesis: The Cross-National Evidence." *Public Choice* 87 (3–4), 207–28

Knack, Stephen & Philip Keefer (1995). "Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures." *Economics and Politics* 7 (3), 207–227.

Knack, Stephen & Philip Keefer (1997a). "Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation." *Economic Inquiry* 35 (July), 590-602

Knack, Stephen & Philip Keefer (1997b). "Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross-Country Investigation." *Quarterly Journal of Economics* 112, 4 (November), 1251–1288.

Kormendi, Roger C., & Philip G. Meguire. (1985). "Macroeconomic Determinants of Growth: Cross-Country Evidence." *Journal of Monetary Economics* 16, 2 (September), 141–163.

Krueger, Anne O. (1983). *Trade and Employment in Developing Countries, Volume 3: Synthesis and Conclusions*. Chicago: University of Chicago Press.

Landes, D. S. (1998) *The Wealth and Poverty of Nations: Why Some Are So Rich, and Some So Poor*. New York: W. W. Norton.

Lane, Philip R. & Aaron Tornell (1996). "Power, Growth, and the Voracity Effect." *Journal of Economic Growth* 1, 2 (June), 213–241.

Levine, Ross & David Renelt (1992). "A Sensitivity Analysis of Cross-Country Regressions." *American Economic Review* 82, 4 (September), 942–963.

Mauro, Paolo (1995). "Corruption and Growth." *Quarterly Journal of Economics* 110, 3 (August), 681–712.

McKinnon, R. I. (1973). *Money and Capital in Economic Development*. Washington D. C.

Murphy, Kevin M., Andrei Shleifer & Robert W. Vishny (1991). "The Allocation of Talent: Implications for Growth." *Quarterly Journal of Economics* 106, 2 (May), 503–30.

North, D.C. (1981), *Structure and Change in Economic History*, New York: W.W. Norton.

North, Douglass (2001), *Instituciones, Cambios Institucional y Desempeño Económico* (México: Fondo de Cultura Económica).

North, Douglass (2005), *Understanding the Process of Economic Change*, (Princeton: Princeton University Press).

North, D.C. & R. P. Thomas (1973), *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge: Cambridge University Press.

Nozick, Robert, (1988) *Anarquía, Estado y Utopía*, (México: Fondo de Cultura Económica).

Nyström, Kristina (2008), "The Institutions of Economic Freedom and Entrepreneurship: Evidence from Panel Data", *The Ratio Institute Working Papers 114*, Estocolmo, Suecia.

Olivera, Julio (1999), "El principio de Gossen y la estabilidad jurídica", en Alberto Benegas Lynch (nieto), compilador, Alberto Benegas Lynch: *In Memoriam*, (Buenos Aires: Centro de Estudios sobre la Libertad).

Olson, Mancur (1992), *La Lógica de la Acción Colectiva*, (México: Limusa).

Olson, M. (1982) *The Rise and Decline of Nations*. New Haven: Yale University Press.

Perotti, Roberto (1996). "Growth, Income Distribution, and Democracy: What the Data Say." *Journal of Economic Growth* 1 (June), 149-187.

Persson, Torsten & Guido Tabellini (1994). "Is Inequality Harmful for Growth? Theory and Evidence." *American Economic Review* 84, 3 (June), 600–21.

Rodrik, D. (1999), Where Did All the Growth Go?, *Journal of Economic Growth* 4, 4.

Roll, Richard & John Talbott (2003a) "Political and Economic Freedoms and Prosperity", <http://www.anderson.ucla.edu/documents/areas/fac/finance/19-01.pdf>

Roll, Richard & John Talbott (2003b) "Political Freedom, Economic Liberty and Prosperity", *Journal of Democracy*, Vol. 14, Nr 3 (July).

Rosenberg, Nathan & L. E. Birdzell Jr (1986), *How the West Grew Rich: The Economic Transformation of the Industrial World*, Basic Books, Inc.

Rougier, Luis (2001), *El genio de Occidente*, Madrid: Unión Editorial.

Sachs, Jeffrey D. & Andrew M. Warner (1995). "Economic Reform and the Process of Global Integration." *Brookings Papers on Economic Activity* 95, 1, 1–118.

Scully, G. W. (1988) "The Institutional Framework and Economic Development." *Journal of Political Economy* 96 (3): 652–62.

Spindler, Zane (1991). "Liberty and Development: A Further Empirical Perspective." *Public Choice* 69, (February), 197–210.

Temple, Jonathan & Paul Johnson (1998). "Social Capability and Economic Growth." *Quarterly Journal of Economics* 113, 3, 965-990.

Tiebout, Charles M., (1956) "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy* 64 (October, 1956): 416-24, reproducido en Cowen, Tyler (editor) *The Theory of Market Failure*, (Fairfax, Virginia: George Mason University Press, 1988).

Tullock, Gordon (1997), "El desarrollo del gobierno", *Libertas* 27, Buenos Aires, Octubre 1997.

Van Wijnbergen, S. (1983). "Interest Rate Management in LDC's." *Journal of Monetary Economics* 12 (September).

Werner, Karl Ferdinand (1988), *Europe and the Rise of Capitalism*, Basic Blackwell.