

**LA APLICACIÓN CONSTITUCIONAL DE
“EL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO (AED)”:
¿NADA MENOS Y NADA MÁS QUE UN
“ENFOQUE”?**

*Comunicación del académico Jorge Reinaldo Vanossi
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 9 de abril de 2008*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2007 / 2008**

Presidente Académico GREGORIO BADENI
Vicepresidente . . . Académico ISIDORO J. RUIZ MORENO
Secretario Académico HUGO O. M. OBIGLIO
Tesorero Académico JORGE EMILIO GALLARDO
Prosecretario Académico FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Protesorero Académico HORACIO SANGUINETTI

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA .	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Pedro J. FRÍAS	10-12-80	Estanislao Zeballos
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA.....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA.....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos María BIDEGAIN	25-06-86	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Carlos A. FLORIA	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA .	22-04-87	Nicolás Avellaneda

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas
Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049
(1014) Buenos Aires - República Argentina
ancmyp@ancmyp.org.ar
www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Talleres Gráficos Leograf
Rucci 408 - Valentín Alsina - Prov. de Bs. As. en el mes de diciembre de 2008.

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Gerardo ANCAROLA	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO.....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Félix LUNA	23-04-97	Roque Sáenz Peña
Dr. Víctor MASSUH.....	23-04-97	Domingo F. Sarmiento
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU	28-04-99	José de San Martín
Dr. Adolfo Edgardo BUSCAGLIA.....	10-11-99	Dalmacio Vélez Sársfield
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Miguel M. PADILLA.....	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Estaban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA.....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS ...	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO.....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González

**LA APLICACIÓN CONSTITUCIONAL DE
“EL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO (AED)”:
¿NADA MENOS Y NADA MÁS QUE UN
“ENFOQUE”?**

Por el académico DR. JORGE REINALDO VANOSSI

RESUMEN

El denominado “análisis económico del Derecho” ha adquirido un desenvolvimiento y una gravitación en el ámbito jurídico y demás disciplinas de las ciencias sociales, que obliga a una consideración ponderada de sus méritos, pero también de sus límites. Ello así, por cuanto se observa una proclividad a encararlo desde dos extremos opuestos: por un lado, la adhesión incondicional, sometiendo el Derecho a la primacía absoluta de la Economía, lo que se traduce en forjar una suerte de “fundamentalismo”, con todas las secuelas y connotaciones que ello implica; y por otra parte, el rechazo “*in limine*” o la demostración lisa y llana del factor económico en la escrutación de los problemas jurídicos, lo que conlleva a una perspectiva incompleta, a veces errónea, o por

lo menos vulnerable de los “*issues*” que tienen origen, sustentación y resolución en los planos normativos y hermenéuticos.

La postura adoptada en el presente trabajo responde a una inquietud de equilibrio y de objetividad, partiendo de la interdependencia de las “ciencias sociales” y situando a los estudios de “*Law and Economic*” como un valioso ENFOQUE del tema, sin perjuicio de subrayar las vertientes de DOCTRINA que lo impulsaron y de la ya inocultable variedad de matices y de orientaciones que han surgido alrededor de una ESCUELA que no está y no tiene por qué estar “unificada” en su pensamiento, ni tiene –tampoco– el don de la infalibilidad en la formulación concreta de sus enunciados. Grave sería protocolizar como “dogma” lo que es una herramienta de trabajo e investigación.

ÍNDICE

I.–	Antecedentes y origen de la cuestión	9
II.–	La tradición del pensamiento argentino y sus fuentes.	12
III.–	J. Stuart Mill al cruce de las exageraciones.	23
IV.–	Las influencias en la interpretación constitucional	31
V.–	Método, técnica y enfoque. “Análisis”	39
VI.–	Teoría y Doctrina. “Enfoque”	43
VII.–	Derecho y Economía a la vista de los jueces La verdad jurídica objetiva	48
VIII.–	El aporte y examen crítico de los jóvenes constitucionalistas argentinos: Dalla Vía y Sola	57
IX.–	El debate proseguirá. Dudas y reservas	73
X.–	Juridicidad, econometría y economicismo. ¿Qué enfoque?	81
XI.–	Exageraciones y espejismos.	88
XII.–	El resumen de nuestra opinión. “Hipérbole” o “Autaxia”.	93
XIII.–	Lo positivo y lo negativo	104
XIV.–	¿Epíteto para caracterizar o epítome para compendiar?	106
	Apéndice: Notas y referencias ampliatorias del texto (a mayor abundamiento)	114
	Bibliografía	125

– I –

Antecedentes y origen de la cuestión

En este modesto intento de reflexión en torno al auge del AED, partimos de la base señalada por el gran constitucionalista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia en el sentido de que “...la investigación... debe proponerse, en suma, reproducir, sin variantes subjetivas o interpretaciones artificiosas, **una específica realidad en movimiento**” (ob. “Lo Stato Democrático Moderno”, Ed. agotada).

Y es precisamente por eso, que al tratarse del estudio de las relaciones entre el Derecho y la Economía, estamos ante un objeto complejo, cuya “específica realidad en movimiento” no puede soslayar el dato de la presencia operativa de una Constitución como norma o ley suprema de la organización institucional de un Estado. En los EE.UU. se encara en la enseñanza del derecho constitucional el análisis del texto “y su actual significado” (Corwin y otros autores), dando por entendido que la letra escrita en Filadelfia en 1787 es “lo que los jueces dicen que es” (Hughes, Holmes, etc.) y que la Suprema Corte de Justicia que ejerce sus funciones en Washington D. C. es algo así como “... una convención constituyente en sesión permanente” (W. Wilson *dixit*). Dada la “consecuencialidad de estas premisas, llama la atención la desproporcionada atención que brindan al análisis de las prescripciones constitucionales algunos adalides de la escuela del AED; ya

que mientras el direccionamiento hacia el derecho privado es mayúsculo (en especial sobre el área del derecho comercial o mercantil), en cambio, la atención prestada al andamiaje montado a partir de la obra de los constituyentes (incluyendo las “enmiendas” posteriores) merece un trato minúsculo o, más bien, residual. Tal es el caso del maestro Richard A. Posner, juez federal de apelaciones y profesor de la Universidad de Chicago, que en su clásica obra *“Economic Analysis of Law”* (fourth edition, 1992) tan sólo vuelca su pensamiento sobre la Constitución en la Parte Séptima (y última), de la pág. 615 a 686: apenas 71 páginas, en un libro de 722 págs., o sea, el diez por ciento del total (sic). Ante ello, creemos necesario traer a colación algunas referencias históricas.

Que los gobernantes tuvieron en cuenta el “consecuencialismo” y –sobre todo las ventajas– de muchas de sus decisiones, la historia está dotada de ejemplos bien ilustrativos, al margen de sus resultados:

El emperador Caracalla que gobernó entre los años 211 y 217 de la era cristiana, al extender la “ciudadanía romana” a todos los territorios que conformaban el Imperio, sabía que así ampliaba considerablemente el padrón de contribuyentes que llenarían las arcas del Erario público. Esa fue la real intención al sancionar la *Constitutio Antoniana* (año 212), fundándola “en la culminación natural de la igualdad” y dirigida a gravar en particular los derechos hereditarios. Otro tanto hizo Justiniano, tres siglos después, en Bizancio.

Cuando Luis XVI convocó a la reunión de los “Estados Generales” (los tres estamentos) después de un siglo de receso, por razones de búsqueda de consenso para aumentar por vía de la recaudación las mermadas reservas del Tesoro que las guerras y los gastos dispendiosos habían agotado, fue una intencionalidad conocida “*in limine*” (aunque no pasó por su mente que por ese camino terminaría en la guillotina...).

Los ingleses no supieron o no pudieron aplicar la previsión o calculabilidad de las consecuencias que le depararía al Reino la imposición en las colonias del impuesto al té, que provocó la rebelión de Boston (por no haberse respetado el principio consagrado en el “*talagio non concedendo*”, según el cual no puede haber imposición si no interviene la representación “*No taxation without representation*”, año 1309). Al arrojar el té a las aguas, quedó marcado el inicio de la guerra de la Independencia por parte de las trece colonias, base constitutiva de los EE. UU de América.

La transformación de la Confederación nacida en 1776 en un Estado Federal a partir de la Constitución de Filadelfia (1787) habrá sido querida o no tan querida, pero no quedan dudas que el invento de la creación del “Federalismo” fue consecuencia del fracaso emanado de la insuficiencia confederal y de la consiguiente necesidad de dotar de una autoridad central de poderes que –más allá de la defensa común y de la representación exterior– incluyeran la regulación del comercio y el establecimiento de un Tesoro formado por recaudación directa y no por meros aportes de los Estados locales.

El medir las consecuencias de las sentencias judiciales –como punto fundamental para elegir el contenido de la decisión– tampoco es una novedad. Recordemos que el control de constitucionalidad nació de una percepción de la “consecuencialidad” por parte del juez Mashall cuando tuvo que decidir –al frente de la Suprema Corte– el caso *Marbury vs. Madison* (1803). Al captar los efectos que para el Tribunal tendría la decisión que éste tomara, optó por dar la razón al accionante, pero evitando la confrontación con el Poder Ejecutivo. El “*Chief Justice*” tenía presente la debilidad inicial del tercer Poder de Estado (John Jay había renunciado alegando que la Corte carecía “de la bolsa y de la espada”); y, además, recibía rumores de que el Secretario de Estado (Madison, del Presidente T. Jefferson) no estaba dispuesto a cumplir una decisión favorable al reclamante, que peticionaba la puesta en

posesión de un cargo judicial para el que había sido designado por el anterior Presidente Adams. La solución ingeniosa y ocurrente del Juez Marshall consistió en advertir la colisión entre una ley que ampliaba la competencia originaria y exclusiva de la Corte y una cláusula constitucional que fijaba taxativamente esos límites. Pudo haber optado por otra salida, pues el caso se había tornado en “cuestión abstracta”, con lo que se ahorra la declaración “de oficio” de la inconstitucionalidad. Pero la solución ingeniosa también escondía un arma poderosa, que convertiría a la Suprema Corte en un temible órgano de control de las normas y actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Fue, en efecto, la mejor forma de preservar la “futuridad” del Alto Tribunal en venideros desenvolvimientos de la declaración de inconstitucionalidad: la posibilidad de reservarse la palabra final para resolver la no aplicación de las normas ordinarias que violen a las leyes supremas.

El fallo en “Marbury versus Madison” fue un caso de aplicación de la ponderada medición de la “consecuencialidad” –aunque no económica, pero sí política– respecto de los efectos que podía aparejar una decisión judicial. Con esa visión del problema, Marshall superó la angustia de impotencia que había movido a Jay al alejamiento del cargo: en términos médicos, Marshall evitó la “metástasis”, para que no se reprodujera en los nuevos y futuros jueces el padecimiento sufrido por Jay al principio de la vida del Tribunal.

– II –

La tradición del pensamiento argentino y sus fuentes

En la Argentina, al redactar la Constitución de 1853, Gorostiaga tuvo en claro que no hay poder sin tesoro, como no puede haber Estado si no cuenta con recursos. Más de medio siglo antes, John Jay –al renunciar como primer presidente de la Suprema Corte de USA– había confesado con tono de cuita, su aflicción con

motivo de que el tribunal no tuviera a su alcance los recursos suficientes, lo que percibía como desventura del cuerpo aunque con el anhelo y el deseo vehemente de que tal situación se revirtiera en el futuro. Por su parte nuestro Alberdi no demoró –después de la sanción de la Constitución Nacional– la redacción de su obra “Sistema Económico y Rentístico”, de cuyo contenido se desprende no sólo la notable formación del tucumano en cuanto a las ventajas y diferencias que mediaron entre los diversos regímenes económicos hasta entonces conocidos, sino también el atisbo o vislumbre de las conjeturas acerca de la interdependencia de la suerte del nuevo Estado y la salud de sus finanzas, todo ello en el marco de una sociedad que debía transitar de la pobreza a la riqueza.

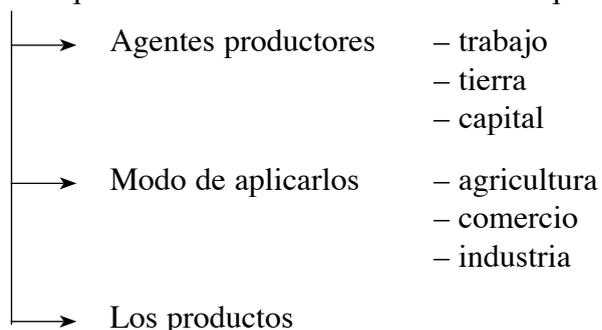
Todo lo expresado trae a la memoria un sabio consejo: “...para novedades, acudir a los clásicos...”.

Y ello, aunque los “clásicos” –así llamados hoy– no pretendieran algo semejante al descubrimiento de la pólvora, en ocasión de internarse en el borroso terreno de la economía y el derecho; acaso por cuanto su objetivo era más concreto: lo que los angloparlantes llaman “*approach*”, o sea, un acercamiento, una aproximación, una vía de acceso o entrada; o, en todo caso, algo equivalente al instrumento tan útil de un “enfoque”.

Cuando los adalides de la libertad económica beben en las fuentes acuden en su repertorio –necesariamente– a “La Riqueza de las Naciones” y a otros escritos de Adam Smith. Más tarde, los promotores del AED se apoyan en Milton Friedman; y algunos economistas y pensadores, aunque se noten menos, citan a la Escuela de Viena. Bueno sería que los “fundamentalistas” del AED recordaran a un conjunto más vasto de “padres fundadores” del pensamiento liberal, que incluye en su nómina –como mínimo– las ideas expuestas por John Locke, Adam Smith, Edmund Burke, Thomas Paine, François Guizot y Jean-Baptiste Say, como así también a los prominentes seguidores de esa línea de pensamiento, con las jerarquías de Alexis Tocqueville, Stuart Mill,

Para evitarlo, es menester saber a cuál de las escuelas pertenece la doctrina de la Constitución.

Elementos que concurren a la formación de la riqueza



¿Vale más la libertad que la regla, o es más fecunda la regla que la libertad?

Se conocen distintas Escuelas:

- Mercantil (Colbert - Luis XIV)
- Economía socialista (intervención del Estado)
- De la libertad → Fisiocrática (Quesnay: la tierra) y el “*laissez faire...*”
- Industrial (Adam Smith) el trabajo libre

A esta escuela de libertad pertenece la doctrina de la Constitución: tal es la conclusión de Alberdi. Por ello sostiene que:

- a) La Constitución es, en materia económica, lo que en todos los ramos del derecho público = la expresión de una revolución de libertad, la consagración de la revolución social de América.

- b) Son económicas las necesidades más vitales del país y de Sudamérica.
- c) ¿Cuál es la necesidad argentina de carácter público que no dependa de una necesidad económica? ¡Salir de pobre!
- d) La República, unitaria o federal (la forma no hace al caso), no tiene ni tendrá más camino para escapar del desierto, de la pobreza y del atraso que la libertad concedida del modo más amplio al trabajo industrial en todas sus fuerzas y en todas sus aplicaciones.

Producción: Al ocuparse de ello, advierte Alberdi:

- a) ¿Quién hace la riqueza? ¿Es la riqueza obra del Gobierno? ¿Se decreta la riqueza? El gobierno puede estorbar o ayudar a su producción, pero no es obra suya la creación de la riqueza.
- b) ¿Qué exige la riqueza de parte de la ley para producirse y crearse? Lo que Diógenes exigía de Alejandro: que no le haga sombra. Asegurar una entera libertad al uso de las facultades productivas del hombre. No excluir de esa libertad a ninguno: lo que constituye la igualdad civil de los habitantes.
- c) He aquí el dominio de la libertad económica, que la Constitución Argentina asimila a la libertad civil concedida por igual a todos los habitantes del país, nacionales y extranjeros, por los Artículos 14 y 20.
- d) ¡Que se cumpla la ley natural, que hace a cada productor dueño de la utilidad o provecho correspondiente al servicio de su trabajo!

Distribución:

¿Qué exige el productor de la ley? La más completa libertad. La abstención de regular.

Consumo: —→ Productivos

—→ Improductivos

—→ Privados (la ley nada tiene que hacer en ellos)

—→ Públicos —→ que los consumos públicos o gastos del Estado no devoren la riqueza del país.

—→ Para que el Tesoro Nacional, destinado a sufragar los gastos del Estado, se forme, administre y aplique en bien y utilidad de la Nación, y nunca en daño de los contribuyentes.

El conjunto de estas garantías forman lo que se llama el sistema rentístico financiero de la Confederación. La Constitución de 1853 es la “Codificación” de la doctrina que queda expuesta por Alberdi en esas reflexiones.

Recursos:

La dinámica del ordenamiento estatal supone gastos y recursos. Los recursos son los medios de existencia del Estado: no es posible concebirlo sin ellos.

En síntesis, así es el pensamiento de Alberdi:

- Si se crea un gobierno, hay que darle medios para subsistir.
- Tesoro y Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente.
- No poder costear su gobierno es no tener medios de ejercer su soberanía, no poder existir independientemente, no poder ser libres.
- No hay poder donde no hay finanzas.
- La Constitución debe arbitrar los recursos para que el gobierno pueda cumplir con los grandes fines (enunciados en el Preámbulo) de su instituto.

Por su parte, para el redactor de la Constitución, José Benjamín Gorostiaga, la idea es muy simple: señaló en la Convención esa importancia remarcada por Alberdi, y que puede traducirse en la afirmación categórica de que no hay soberanía política sin soberanía económico-financiera; y entonces, la imposición de recursos es también una emanación de la soberanía que hace a la existencia misma del gobierno.

Así lo expresó MARSHALL en “Mc. Culloch vs Maryland”, entendiendo que ese poder puede ser legítimamente ejercido sobre los objetos a los que es aplicable y con la máxima amplitud con que el gobierno pueda desear aplicarlo. La única garantía contra el abuso de este poder se halla en la estructura del propio gobierno. Poder de imposición involucra poder de destruir. ¡Una verdad incuestionable!.

Es difícil arriesgar el dato preciso de quién detectó primeramente la importancia y la necesidad de interrelacionar en la interpretación constitucional los datos y condicionamientos que median entre el derecho, la historia y la economía. De los autores

y profesores que actuaron en la segunda mitad del siglo XIX, unos manifestaron su preferencia histórica, otros se inclinaron por el método comparado, luego surgieron los análisis jurisprudenciales a partir de los incipientes “*leading cases*” de la Corte Suprema; pero el que resaltó la importancia de lo que denominó “el criterio económico” fue, en una de sus brillantes exposiciones parlamentarias, Joaquín V. González, refiriéndose a lo que denominaba *alta interpretación constitucional*. Recordaba que existen muchas fórmulas de juicio aplicadas a la interpretación de las constituciones. “Existe –decía– el sistema que se denomina *literal*, que sólo toma en cuenta el texto escrito de la ley para arrancarle un sentido, diré así, exegético, derivado directamente del texto. Existen el *criterio histórico* y el *criterio económico* en el desarrollo de las instituciones como en el desarrollo de la historia misma. La economía política, ¿qué es sino la historia de leyes en que los fenómenos de la vida real y física de la sociedad están de manifiesto? Separar el *criterio histórico* del *económico* en la aplicación de las instituciones sería como separar el alma del cuerpo, que según la metafísica tradicional son absolutamente inseparables sin causar la muerte”. (“Obras completas” tomo 5, págs. 25 a 32).

A partir de estos datos precursores, aparece como innegable el aporte de Juan Francisco Linares con su obra “Razonabilidad de las Leyes” (2º ed, Edit. Astrea, 1970) que da un toque definitivo al notable aporte del autor cuando en la primera edición había abordado “el debido proceso legal” como garantía innominada en la Constitución Argentina, elaborándose así la doctrina derivada del *due process of law* de las Enmiendas V y XIV de la Constitución Norteamericana (ver: Vanossi, J. R., “Homenaje al académico Juan Francisco Linares”, en *separata* de “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Julio de 2002). Veamos como en USA la elaboración de la Corte incorporó elementos –*incluidos los datos económicos y sus probables consecuencias*– que llevarían a la formulación del stan-

dard que nuestra Corte Suprema de la Nación acogió como garantía de “razonabilidad” que se infiere del Art. 28 de la Constitución Nacional. Dice Linares al respecto: es con el caso Chicago Milwaukee v. Saint Paul Minnesota (134 US 418) que el debido proceso legal ingresa a la categoría de un contenido estimativo y de un recurso técnico axiológico “que limita también al órgano legislativo” (pág. 22). No fueron ajenas a esa evolución las influencias sobre el criterio judicial de ciertas valoraciones ambientales dominantes luego de la Guerra de Secesión: “Comienza la conquista del oeste y aparece con perfiles netos una clase capitalista, numerosa y dinámica, que reclama garantías para sus inversiones y para sus ganancias. Y es esa clase la que, mediante la acción judicial directa y la prédica y acción políticas, golpea las puertas de las cortes pidiendo una más comprensiva interpretación de las garantías constitucionales frente al derecho de propiedad...” (pág. 19).

La definición precisa de la garantía se ha visto dificultada en aquel país por el hecho de que los jueces se han rehusado a ello por el temor a cerrar el camino a posibles variaciones del concepto, prefiriendo en vez de seguir un trámite de “inclusiones” y “exclusiones”, a tenor de la idea desarrollada por el famoso *dean* de Harvard, Roscoe Pound, de que se está en presencia de un *standard* para guiar al tribunal, que debe aplicarse “según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de *opinión pública* donde el acto tiene efecto” (p.28). Así y todo, puede convenirse en que dicho *standard* tiene un inconfundible parentesco con el *common law* que en cuanto constituye un verdadero ideal de justicia es parte de un derecho natural constitucional”, y que también cabe considerarlo como “un arbitrio técnico para mantener una democracia liberal temperada” (p.29). En acertada síntesis Linares piensa que el debido proceso sustantivo consiste en la exigencia de que las leyes deben ser *razonables*, o sea, “que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente a la norma jurídica

creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto” (p.31). Para determinar esa *razonabilidad*, la Corte Suprema norteamericana ha transitado por una vía que partiendo de la idea del equilibrio entre las ventajas y las cargas que la ley reporta a la comunidad, condujo en una primera faz de aplicación entre el medio empleado por el acto y la finalidad que él persigue” (es decir, una proporción entre medios y fines), para arribar por último al criterio de la conformidad del acto con una serie de principios filosóficos, políticos, sociales, religiosos, a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad y de la civilización de los Estados Unidos” (ps.29/30).

En tal evolución la Corte norteamericana ha cambiado de criterios para aplicar la garantía, pasando de una lejana etapa inicial en que el debido proceso era tan solo una garantía procesal, a un segundo momento de interpretación “mecánica” o “legalista”, dominada por una concepción individualista y adversa a toda ley que implica mejoras sociales o regulación económica (la carga de la prueba de la constitucionalidad de la ley recaía sobre el defensor de la norma impugnada); pero luego se abrió paso la que Pound denomina “jurisprudencia sociológica”, en virtud de la cual se dejan de lado las razones lógicas o los viejos juicios de valor, para fundar la razonabilidad de la ley en los hechos sociales y las exigencias que motivaron su sanción (ya no se invierte la carga de la prueba); y, finalmente, se impone el criterio de la irrevisibilidad de los fundamentos del árbitro legislativo sobre la base del respeto a la opinión política del legislador, la que sólo debe ceder cuando resulte evidente para un hombre razonable que la ley no es reclamada por los hechos.

Hasta aquí, la síntesis de la disección que Linares hace de las pautas seguidas en el régimen del *common law* anglosajón y su incidencia en la versión “criolla” del principio de la *razonabi-*

lidad que, en nuestra opinión sigue siendo un pilar fundamental del control de constitucionalidad y que no pretende desmerecer el peso de la Economía en el Derecho.

– III –

J. Stuart Mill al cruce de las exageraciones

No sólo la influencia de Adam Smith y sus seguidores de doctrina se manifestó en el Río de la Plata. Muchos otros pensadores europeos y norteamericanos proyectaron hacia esta región sudamericana las ideas políticas, jurídicas, sociales, económicas y científicas que desplegaron sus banderas en los fértiles ámbitos del hemisferio norte. Pero hay un caso en particular, que merece su mención por la genialidad de su pensar y la coherencia en su actuar. Me refiero a John Stuart Mill (1806-1873), hijo del no menos célebre escocés James Mill, fervoroso adherente a la escuela “utilitarista” propulsada por Jeremías Bentham, a quien nuestro Bernardino Rivadavia había conocido y consultado en su estadía londinense durante la segunda década del siglo XX.

El joven J. Stuart Mill fue un niño prodigio, y ello no tan solo por el aprendizaje precoz del griego y del latín, sino por su ininterrumpido perfeccionamiento y perseverante superación en amplias áreas del pensamiento, desde la lógica hasta la economía, como la ilustran los títulos de algunas de sus obras, “Principios de Economía Política” (1848), “Consideraciones sobre el Gobierno Representativo” (1860), “El sometimiento de las mujeres” (1869), “Sobre la libertad” (1859), su “Autobiografía” (1873, el año de su muerte). En tan extensa trayectoria, fue madurando la evolución de sus ideas, que lo distanciaron de la rigurosidad ortodoxa del utilitarismo de herencia paterna para llegar a transitar por los

camino del positivismo y acoger las rectificaciones provenientes del ideario *social*, sin que ello implicara su invariable compromiso con el ideal de la Libertad. Así, fue consecuente con todo ello en su paso por la Cámara de los Comunes, abogando por la ampliación del derecho de sufragio y por la implantación de un régimen electoral basado en la representación proporcional. Su pensamiento fue conocido y citado por los miembros de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, instalada en 1870 con la composición de los más ilustres representantes de la época, que en varias oportunidades invocaron a Mill (malgrado la pérdida de las actas de un crecido número de sesiones) y que culminó en 1873 (año de la muerte de Mill) con la sanción de uno de los textos más progresistas del derecho público local.

Mucho tuvo que ver en su elaboración intelectual la presencia de Harriet Taylor, su esposa, confidente e interlocutora en el perpetuo debate en torno al conocimiento, con quien inició esa envidiable sociedad intelectual, más de dos décadas antes de su matrimonio, sin interrupción hasta la muerte. Tal como señala un comentarista de la reciente reedición de *“The Subjection of Woman”*, 1865, en traducción y prólogo al español de Emilia Pardo Bazán (Artemisa, Madrid, 2008), el mérito de esta obra supera cualquier brote de “Clorosis” (enfermedad producida por deficiencia de hierro y caracterizada por anemia), ya que la fuerza argumental que puso Mill en su “pronunciamento” permanece “insenescente”, o sea, que no envejece ni decaerá. Veamos pues: “Como es sabido, Mill tenía una vasta información histórica y hace uso de ella en este libro, informándonos de las privaciones a las que han sido sometidas las mujeres; pero lo que es radical no es tanto el dato como su impecable razonamiento. Mill proclama que lo que en su tiempo se denomina la *naturaleza de las mujeres*, es un producto eminentemente artificial, más adulterado por los hombres (y la contribución de las mismas mujeres) que el de las *razas de esclavos*”. Mill afirma algo que aún debemos recordar:

que en *“la familia, como en el Estado el poder no sustituye racionalmente a la libertad”*. Desde esta idea, crítica con agudeza tanto a los gobiernos como a las iglesias que sancionan la soberanía arbitraria de un miembro de la humanidad sobre otro. Frente a las morales de la servidumbre, de la caballería y de la generosidad, Mill opone la moral de la justicia. Para ello hay que emprender, afirma, el camino de la experiencia. Todavía Mill sigue siendo actual, ya que sus razones son las nuestras; junto a las leyes es necesario el valor de educar, porque las familias siguen siendo, en tantas ocasiones, escuelas de despotismo, cuando no de crímenes (Conf. Juan Malpartida, en ABC, “Cultura”, Marzo 2008).

Antes de entrar en una visión en escorzo de los demás tópicos de Mill, debo confesar que su contribución al pensamiento liberal dinámico y actualizado es la prolongación de una larga línea de creadores que sin mengua de otros, incluyen los aportes de cartesianos, de kantianos, de Locke y Montesquieu, del abate Sieyès, de Benjamín Constant; pero con la nota característica del estilo mental *“british”*, con la unión “coalescente” de partes separadas pero que unidas de una u otra manera resultan convincentes para el entendimiento del porqué de las cosas.

No es fácil sintetizar las ideas cardinales de Mill. Nos limitaremos a las “claves de búsqueda” de sus principales temas dominantes en tan vasta personalidad intelectual:

1. Partidario del estudio “empírico” de los fenómenos. Daba gran atención a la observación. Atribuía especial mérito a los frutos de la *experiencia*. Era afecto a la utilización del método inductivo. Practicaba el “asociacionismo psíquico” a partir de impresiones formadas por la mente. No asignaba al conocimiento científico un valor de verdad absoluta: sólo probable.
2. La “libertad” como elemento fundamental. Esa libertad tiene límite: que al ejercerla no se cause daño a los demás

(principio de indemnidad del prójimo). La libertad se justifica en procura de la *felicidad*, y ésta se goza en la individualidad a través de la libertad. No interferir en la libertad ajena. No incitar al delito.

3. Amplísima “libertad de expresión”, pero sin causar daño. La libertad de expresión es fundamental para realizar el progreso. Aun las opiniones erróneas sirven para dar lugar a la refutación; y con ello se llega a la verdad, que sale ganando en confiabilidad.
4. La “*democracia*” es la mejor forma de gobierno. La libertad democrática supone y requiere la “*participación*” del pueblo. Deben respetarse los derechos de las “*minorías*”. La *educación universal* debe preceder al *sufragio universal*. Para que el individuo sienta y goce su condición personal, es fundamental asegurar la *educación pública “para todos”*.
5. Con la *educación* y la *experiencia* el hombre puede rectificar sus errores. La *discusión* de las ideas, el *debate* de las diversas tesis y la libre *competencia* del pensamiento hacen del ser humano un sujeto autónomo y libre. Por ello en el amplio concepto de “*utilidad*” están comprendidos –necesariamente– la “*imaginación*” y la “*conciencia crítica*”. No todo es materia. Hay una “*jerarquía de placeres*”, en que los morales e intelectuales son superiores a los físicos. Las acciones son positivas (buenas) según la calidad de felicidad y la cantidad de beneficiarios de esa felicidad.
6. Es destacable su criterio respecto de la mujer y la condición femenina en su tiempo. En total coincidencia con el pensamiento de su esposa Harriet Taylor, denuncia abiertamente que la desigualdad entre sexos es “uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad.

La desigualdad es un prejuicio, actúa como un sentimiento, atenta contra la razón y contraviene las reglas comunes de la condición humana. Por todo ello Mill es un adelantado de la prédica igualitaria, cuando reclama para esta nueva condición una “*igualdad perfecta*” y sin privilegios ni poder para un sexo ni incapacidad para el otro. Hay una coincidencia plena en todas las posturas de Mill que envuelvan o rocen el problema de la igualdad: a) apoya la causa abolicionista de la esclavitud durante la Guerra de Secesión en USA; b) en su banca de Diputado brinda su apoyo en pro de las mejoras favorables a los sectores más necesitados; c) se bate en favor de la igualdad de derechos para la mujer; d) apoya la universalización igualitaria del sufragio.

7. En sus notables aportes a la economía política (2 obras), la segunda de las cuales coincide con el mismo año (1848) de los “*trasterrados*” (exiliados) ataques apocalípticos de Carlos Marx, Mill se ocupa de los salarios, del beneficio, de la utilidad y del coste de producción. Y en la última parte captó algo importante: el estancamiento del sistema por la reducción de los beneficios; pero a continuación reacciona y en “*la tercera parte es la que mejor refleja su talante reformista y trata de las medidas necesarias para favorecer una más justa distribución de la renta entre las que Mill propuso la limitación de la herencia, la cooperación obrera e interterritorial y la promoción de la pequeña propiedad campesina*” (Conf.; “*Biografías y Vidas*”, 2004).

Y es allí donde detecta la necesidad de introducir correcciones a la economía “*manchesteriana*” y hasta admite (y preconiza) algunas medidas “*intervencionistas*” a través de mecanismos fiscales, como el régimen impositivo de la herencia y el gravamen

sobre el alcohol, para equilibrar la situación de los sectores sumergidos (véase John Stuart Mill: *OVERVIEW*, en “*The Internet Encyclopedia of Philosophy*”, año 2006, donde aparece citada una amplia bibliografía sobre Mill). De todo lo visto, queda bien en claro que no puede confundirse la filosofía política del “Liberalismo social” desplegada por J. S. Mill y seguida por algunos pensadores más recientes como Calógero y Monique Canto-Sperber, con el pensamiento o ideario de un “socialismo liberal” al estilo del promovido en su tiempo por los hermanos Rosselli, y retomado –con diversas modalidades– por Bobbio, Lefort y Habermas.

Ante la “farfulla” balbuciente y precipitada, que de prisa y atropelladamente intenta confundir para convencer con tropelía de páginas o discursos, el lenguaje de Mill nos abre la mente ante problemas no cerrados por el barullo de los “*best-sellers*”. Ortega denunció la aglomeración y nosotros protestamos ante el vértigo. Y ante el abuso lingüístico de “soflamas”, que son un cúmulo de palabras afectadas (para engañar), es decir, la presentación –mediocre o deslumbrante– de ficciones con que se intenta engañar; encontramos en el legado de Mill razonamientos elementales y harto convincentes. Por ejemplo, su discurso en la sesión del 20 de mayo de 1867 en los Comunes, proponiendo el sufragio femenino (que es rechazado por 193 votos contra 73) se anticipa a la aprobación de tan importante derecho humano que llegaría en el año 1918, con la frescura de argumentos de absoluta vigencia. No nos permite la limitación del espacio reproducirlos acá, pero basta con mencionar que no sólo razones de justicia y de igualdad en la condición humana le asistían en la fundamentación del discurso, sino también la coherencia con el principio de la imposición (*no taxation without representation*) a partir del hecho que en la sociedad inglesa de esa época existían multitud de mujeres que participaban en el proceso productivo y oblaban las contribuciones, tasas e impuestos a la par que los hombres. La exclusión del sexo femenino a la hora del voto era para Mill una discriminación basa-

da en una “sensación de extrañeza”, ridícula en tiempos en que “se vive en un mundo de novedad” y en el que “algunas de las cosas que para muchos de nosotros eran bastante extrañas hace tres meses, ya no lo son más” (sic). Sostiene con firmeza que la cuestión debe ser resuelta por una apelación más alta que “el juicio de los hábitos”: debe someterse al tribunal de la razón. Mill cree que la idea de una línea neta de separación entre las ocupaciones femeninas y las masculinas pertenece a una condición lejana de la sociedad que se pierde en el pasado: antes la mujer era juguete o una esclava de lujo; ahora los dos sexos comparten juntos sus vidas, son compañeros habituales, son socios principales; la mujer es la amiga más íntima y la consejera de mayor confianza; por lo que mantenerla en una condición de inferioridad electoral sólo puede interpretarse como un *envilecimiento* de la índole humana que compartan el hombre y la mujer (dicho en el año 1867...).

En cuanto al derecho electoral, no tuvo la suerte de que sus propuestas se adoptaran hasta el presente. Bregó por la sustitución del voto uninominal por “circunscripciones”, para implantar el principio de la proporcionalidad, al que estimaba más fiel a la justicia del reconocimiento de “un hombre igual un voto”; lo que de haberse aceptado hubiera significado un cambio cualitativo y cuantitativo en la membresía de la Cámara de los Comunes y, eventualmente asestarle un golpe de gracia al bipartidismo forzado que se gestó a partir de los dos grandes encolumnamientos parlamentarios: *The Tory Party* (conservadores) y *The Whig Party* (los liberales), hasta que entró en escena *The Labour Party* (laboristas), que relegaron al partido liberal a un tercer puesto.

El debate al respecto todavía está presente y hasta hoy se traen a la memoria los fundamentos esgrimidos por Stuart Mill y su colega Bagheot, también liberal, pero que defendía la territorialidad. Hemos citado esta polémica, por su invariable actualidad y hemos dicho: “Stuart Mill defendía la representación proporcio-

nal –sistema que nunca había sido apoyado en Inglaterra– y la defendía sobre la base del valor justicia: a cada uno lo suyo; o sea, en proporción a los votos correspondía la adjudicación de las bancas.

Stuart Mill usaba la idea del mapa: decía que el sistema electoral debía producir en la Cámara, el mismo efecto o relación que existe entre el mapa y el territorio, o sea, una reproducción en pequeña escala del mapa político del país, de las expresiones políticas del reino.

Y Bagheot le contestaba: todo eso está perfecto desde el punto de vista del valor justicia, no cabe la menor duda; pero desde el punto de vista del valor eficacia, en Inglaterra y a esta altura del siglo hace falta compaginar el derecho del gobierno con el derecho de la oposición: el gobierno tiene derecho a gobernar y la oposición tiene derecho a controlar.

Y estos dos derechos no son incompatibles, hay que buscar la forma de conciliarlos, de armonizarlos, de manera tal que se puedan ejercer simultáneamente, para respetar el sentimiento del que ha votado al partido del gobierno, que quiere ver cumplido el programa, o la línea, o la orientación, o “*il indirizzo*” (como dirían los italianos) representado por el partido. Y el derecho del que ha votado por el que resulta oposición, que quiere control, quiere crítica, quiere alternativa, quiere denuncias; y por lo tanto, las cosas no pueden extremarse de manera tal que un derecho sacrifique al otro. Tiene que existir la posibilidad de ser armonizados” (Conf. Vanossi, J. R., “El valor de la experiencia en el derecho electoral”, Bs. As., Jurisprudencia Argentina, 22/XII/1993; y en otras publicaciones ulteriores).

Cabe señalar que el contrincante argumental de Stuart Mill en esa ocasión, fue Walter Bagheot (1826–1877), un afilado escritor y periodista, particularmente especializado en los temas económicos e institucionales, autor de un clásico en la materia: “*The*

English Constitution” publicado en 1867 y que es un modelo de descripción realista del funcionamiento de las diversas piezas que componen el régimen político británico. Muchas de sus colaboraciones y opiniones aparecieron publicadas en “*The Economist*” con gran éxito editorial. Su agudo sentido del humor lo llevó a decir frases tan atrapantes como éstas: “bueno es carecer de vicio, pero es muy malo no tener tentaciones”; y “el mejor placer en la vida es hacer lo que la gente te dice que no puedes hacer” (¡sin comentarios!).

– IV –

Las influencias en la interpretación constitucional

Así como en la historia no hay monismos causales (Orgaz), sino pluralidad o concomitancia de factores determinantes, lo mismo puede decirse de las herramientas indispensables como instrumental de uso para alcanzar los objetivos que se proponga el Derecho en sí mismo o su hermenéutica en la etapa de aplicación.

Explica Aftalión que en el fondo de todos los esfuerzos desarrollados por los juristas en relación con el tema que nos ocupa, ha latido siempre la esperanza de dar con un procedimiento metódico perfecto, infalible de cuya aplicación a la ley habría de resultar la única solución correcta, de modo análogo a como la adición de oxígeno al hidrógeno origina siempre agua. Sin embargo, por poco que revisemos los registros de jurisprudencia, advertiremos que ninguno de los procedimientos metódicos sustentados en diversos momentos por los teóricos del derecho puede aspirar a una situación de monopolio, ya que los jueces no renuncian al derecho de saltar de uno a otro, cuando no de utilizarlos simultáneamente. Todo esto muestra una falta de rigor teórico y determi-

na la conveniencia de efectuar una revisión histórico-crítica de todo el problema (“Crítica del saber...” pág. 217).

A semejante conclusión llega Linares Quintana en su exhaustivo “Tratado de Interpretación Constitucional”, cuando afirma rotundamente: “A esta altura de nuestra investigación, de todo lo que hemos venido exponiendo se desprende como conclusión indubitable, que la interpretación constitucional no puede encerrarse dentro del marco estrecho de uno o algunos de los enfoques o criterios examinados, que únicamente son capaces de proporcionar al intérprete una visión parcial y por lo tanto unilateral del exacto sentido, generalmente complejo, de la norma, resultado de su composición no pocas veces hasta enmarañada, que impone la necesidad del análisis, lo más completo e integrativo posible, del conjunto de los elementos diversos y asaz heterogéneos que componen aquélla: semántico, lógico, sistemático, progresista, histórico, político y sobre todo jurídico y teleológico” (“Tratado de Interpretación Constitucional”, tomo I, pág. 194). Del mismo autor, extraemos de su reciente 2ª edición del “Tratado de Interpretación Constitucional” (Lexis Nexis, Bs. As. 2007), tomo I (obra dedicada en homenaje a Karl Loewenstein) las siguientes precisiones, que estimamos muy valiosas y aptas para esclarecer las distribuciones conceptuales que luego vamos a formular: “En un sentido genérico, el *método*, camino a seguir, es el conjunto de procedimientos que debe emplear el espíritu humano en la búsqueda y la demostración de la verdad”, (también véase del mismo autor: “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Teoría Empírica”, Bs. As., 3ª edición, 1981, pág. 275 y sigts.). Luego afirma: “La metodología, inicial y elementalmente, es una parte de la lógica; y los dos métodos fundamentales son el deductivo y el inductivo. Más el contexto especial de los objetos de cada ciencia, sus diversos fines y su peculiar problemática, han dado lugar al nacimiento, en torno a ellas, de metodologías particulares, una de las cuales es la metodología del derecho constitu-

cional. Lo cual no significa que dicha metodología sea rigurosamente independiente de las demás metodologías. Como señala Hernández Gil, una absoluta y cerrada pureza metodológica es inadmisibile y ha conducido a resultados recusables. La autosuficiencia de las ciencias, de ordinario pretenciosa cuando no utópica, lo es más desde el punto de vista del método”. (“Tratado de Interpretación Constitucional”, tomo I, pág. 164).

“En materia de interpretación constitucional, coincidimos con nuestra posición referida a la metodología para el estudio y la investigación del derecho constitucional, que es contraria a la de la pureza metodológica que fatal e inexorablemente conduce a la unilateralidad, a través de una visión parcial e incompleta del fenómeno jurídico-constitucional”. (“Tratado de Interpretación Constitucional”, tomo I, pág. 189).

Más adelante, el mismo Linares Quintana encara las precisiones necesarias para diferenciar las ideas de “métodos”, “de técnicas” y “de enfoques” sosteniendo: “Aunque con frecuencia se emplean como términos sinónimos *método* y *técnica*, designan conceptos diferentes. Como observa Burdeau, cada ciencia elabora un método que está en armonía con ella: *deducción* para la especulación matemática; *inducción* para la observación de los fenómenos concretos. Pero en ambos casos, la conducción del razonamiento está subordinada al conocimiento de lo real. Y este conocimiento es el que procuran las *técnicas*. Las características de las técnicas reside, pues, en su estrecha solidaridad con el objeto del conocimiento. El espíritu inventa el método; lo real impone las técnicas. (Burdeau, Georges, “Método de la Ciencia Política”, versión castellana de Puig, Juan C., Buenos Aires, 1964, p. 8.). En definitiva, únicamente existen dos métodos –el *deductivo* y el *inductivo*– y, en cambio un *número infinito de técnicas*. Sin embargo con frecuencia se confunde *método* con *técnica*. Teniendo en cuenta la amplitud de la realidad que supone la noción de las cuestiones y fenómenos que abarca el campo del derecho consti-

tucional, se explica y justifica el gran número de procedimientos que se emplean para aprehenderla”. (Linares Quintana, S. V., “Derecho Constitucional...”, ob. cit., t.I, p. 279).

Otra advertencia importante para evitar el error es que “no debe confundirse el método con el enfoque o modo de acercamiento o aproximación, *approach*. Este último vocablo inglés se utiliza para designar las vías de acceso al conocimiento, independientemente de articularlas en un proceso intelectual lógico. Trata más bien, de rodear el fenómeno antes que apuntar directamente a su centro”. (Burdeau, G., “Método de la Ciencia Política”, versión castellana de Puig, Juan C., Buenos Aires, 1964, p. 8).

Como advierte Van Dike, “los modos de acercamiento consisten en criterios para seleccionar los problemas y los datos relevantes mientras que los métodos son procedimientos para conseguir y utilizar los datos. Es grande el número de los modos de acercamiento posibles. Es como si la cuestión o problema fuera el centro del círculo, al que se puede llegar desde cualquier punto de éste. A veces, los enfoques suelen ser identificados en términos de las disciplinas o de sus subdivisiones o capítulos; verbigracia: enfoque jurídico, enfoque histórico, enfoque teleológico, enfoque sociológico, enfoque político, enfoque económico, enfoque literal o semántico, etc.” (Van Dike, V., “Ciencia Política...”, ob. cit., págs. 130, 133 y 149).

“En el acceso a la realidad política –afirma Verdú– y nos permitimos señalar que el derecho constitucional es ciencia jurídica pero también ciencia política, que puede hacerse a través de diversos caminos que denominamos *enfoques metodológicos*, que no sirven para constituir el objeto de la ciencia política (la realidad política en su variada fenomenología concretada en los fenómenos relativos al fundamento, organización, ejercicio, y dinámica del poder en una estructura social), sino para acceder a ella, para contemplarla desde el enfoque. Por consiguiente el enfoque opera como aproximación, *approach*, que llega a tomar contacto

con la realidad política, pero una vez alcanzada se puede reconstruir el camino seguido, de manera que cabe describir, y explicarse, aquella realidad, desde, y según, el enfoque. Los enfoques son varios: histórico, sociológico, comparado, psicológico, jurídico, económico”. (Verdú, Pablo L., “Principios de Ciencia Política”, Madrid, 1976, págs. 83 y sigs.).

Por nuestra parte, en 1989 publicamos la segunda edición (Ed. EUDEBA) de nuestra obra “La Universidad y la Facultad de Derecho: sus problemas”: allí fijamos nuestra postura en torno a la metodología de estudio e investigación del Derecho Constitucional, cuidando de evitar los “unicatos” que condujeran a una escasa o insuficiente visibilidad del objeto en análisis. Manifestamos entonces, una preferencia plural (métodos, técnicas y enfoques), esquivando el hiperfactualismo, el cuantitativismo y el estrecho legalismo formal. Ya advertíamos sobre el peligro que acecha “a quienes para alcanzar el conocimiento de un objeto jurídico se valen únicamente de elementos provenientes de las disciplinas sociales extra-jurídicas” (Conf. ob. cit. pág. 215). Nuestro discurso sigue siendo el mismo; puesto que “un elemento importante para la capacitación en el trabajo interdisciplinario es la *metodología*. La formación metodológica no puede alcanzar la misma profundidad para el caso de abogados capacitados en la materia litigiosa, que para juristas empeñados en la investigación científica o, simplemente, en la enseñanza de una asignatura. Por ello, no parece acertado poner el mismo énfasis y nivel de exigencia en todos los casos, ya que la discriminación se impone por elementales razones de vocación y de dedicación (sin perjuicio de las razones de aptitud). Partiendo de la afirmación platónica según la cual no hay nada más práctico que una buena teoría, tenemos que el conocimiento metodológico puede ser considerado imprescindible en los cuatro cauces del nivel de posgrado: la carrera docente, el doctorado, la especialización profesional y la carrera de investigación. En esos cuatro caminos, corresponde dar a la

metodología su merecido rango curricular, cuidando de advertir que en unos casos puede ser más importante intensificar el estudio de la metodología del Derecho dirigida al gran tema de la interpretación, mientras que en otros casos la prioridad debe ser para la *metodología de la investigación científica* (en el campo jurídico). En todos los casos conviene tener presente como criterio rector, que la metodología tampoco puede ser dimensionada como un fin en sí mismo, ya que de su propio destino surge que el método es el camino a seguir y que, por lo tanto, su valor es eminentemente formativo pero instrumental: no cabe imaginar la metodología por la metodología misma. Fuera de esta salvedad o aclaración, ratificamos nuestro acuerdo con la afirmación de Camilo Viterbo, en el sentido de que el objeto de aprendizaje universitario más que la materia es el método.

Es probablemente este aspecto metodológico el que permite una más seria programación disciplinaria con miras a la capacitación para el quehacer en interrelación con otras profesiones. Cuando éstas pertenecen al ámbito de las ciencias sociales (*lato sensu*), los resultados pueden ser más provechosos, toda vez que en última instancia se observa la unidad genérica de tales “ciencias sociales”, con especies que pasan a integrar el conocimiento jurídico, el conocimiento sociológico, el conocimiento político, etc. Por ejemplo, en el terreno de la investigación jurídica caben todas las recomendaciones metodológicas que corresponden a las ciencias sociales en general (verbigracia, el “Método de las Ciencias Sociales”, de Maurice Duverger, y el “Método de la Ciencia Política” de George Burdeau, son dos obras de insoslayable lectura para el jurista que aspire a especializarse en la rama del “derecho constitucional”, y aunque el enfoque de este sea predominantemente positivo). A propósito de esto, podemos entrar a comentar un ejemplo que surge del derecho positivo, pero que trasciende hasta el punto de poner en relieve la *necesidad* (que es mucho más que la conveniencia) del trabajo en visión interdisci-

plinaria: es el caso del derecho constitucional moderno, que bien puede resultar el mismo caso de otras ramas del derecho público y, aun, del derecho privado (tomando esta vieja división con un sentido amplio y en la aceptación común de los términos). Vamos a demostrar, a continuación, que el derecho constitucional clásico era una materia *intra*-disciplinaria, mientras que el derecho constitucional actual está basado en un estudio *inter*-disciplinario, o sea, que en el interior mismo de una rama del Derecho se ha producido el cambio suficiente como para evidenciar la “necesidad” de un estudio que exceda los límites puramente dogmáticos-positivos y abrace el cuerpo más amplio de la realidad con los instrumentos que le suministran las demás ciencias sociales.

La verificación de lo afirmado en el último párrafo comienza con el recuerdo de la relación entre *método* y el *objeto*. Toda disciplina tiene un objeto de estudio: y cada objeto tiene sus “métodos” apropiados o correspondientes a su estudio (cabe aclarar que la palabra “método” está utilizada en sentido amplio, comprensivo de los métodos propiamente dichos, de las técnicas y de los enfoques: Así, el derecho constitucional clásico tenía por objeto el estudio de las normas de la Constitucional formal y, por lo tanto, sus métodos eran los correspondientes al estudio de las normas jurídicas, o sea, los métodos jurídicos propios de toda la ciencia del Derecho. Esto está reflejado en las obras clásicas del derecho constitucional, que reproducían en la enseñanza el método de la Constitución positiva. Pero la evolución posterior registra un doble cambio: por un lado el ensanche del “objeto” de estudio, al que se incorporan nuevos temas que habían permanecido alejados del estudio exegético y literal del articulado constitucional, tales como los gobiernos de facto (doctrina de facto), la burocracia, el liderazgo, los partidos políticos, los grupos de poder, etc.; y por otra parte, surge la necesidad de estudiar también los problemas de funcionalidad de aquellas normas constitucionales codificadas, en su aplicación. De ello resulta que el derecho constitucional moder-

no tiene un objeto más amplio y, en consecuencia, debe valerse de una pluralidad de métodos (*lato sensu*) para poder obtener el conocimiento completo de ese nuevo objeto. Es decir, que a cada ensanchamiento del objeto corresponde una ampliación de los métodos. Y es aquí donde surge el perfil *inter*-disciplinario, en franca superación de la vieja óptica *intra*-disciplinaria: se produce una relación metodológica entre el derecho constitucional propiamente dicho (disciplina normativa) y las demás ciencias sociales que por la afinidad de su objeto son conocidas con la denominación –algo imprecisa– de “ciencias políticas”. En ese sentido, cabe afirmar que el mayor aporte al derecho constitucional proveniente de esas disciplinas, consiste en el apoyo metodológico necesario para el nuevo objeto. Por ejemplo, aparece el aporte de la *Sociología Política*, que suministra a los constitucionalistas todo un arsenal de instrumentos conducentes a la verificación de la funcionalidad de las instituciones regidas por la Constitución escrita, con datos que son imprescindibles para poder llegar a un conocimiento real e integral del funcionamiento y de la efectividad de tales instituciones constitucionales. Se produce así una estrecha interrelación entre dos órdenes de conocimiento, para cuya aprehensión es menester apelar al estudio *inter*-disciplinario, a saber: a) el orden del conocimiento constitucional, que recae sobre normas e instituciones, y que consiste fundamentalmente en *problemas de interpretación*; y b) el orden del conocimiento socio-político, que recae sobre hechos, fenómenos, ideas y procesos, pero que consiste principalmente en *problemas de funcionalidad*. Por eso es que en la actualidad no se habla de “derecho constitucional” a secas, y se prefiere una denominación más comprensiva, como la de “derecho constitucional e instituciones políticas” (Duverger, Hauriou (h), Linares Quintana, etc.). Pues bien: es a través de ese nivel del conocimiento socio-político (b) que hemos indicado como se produce la aportación metodológica de las demás ciencias sociales, mediante técnicas y enfoques que a manera de instrumentos auxiliares vienen a suministrar elementos que van a ser utiliza-

dos en la inducción y en la deducción (que son los “métodos” en sentido estricto o propiamente dichos).

Un abogado que no esté suficientemente preparado para trabajar interdisciplinariamente corre el grave riesgo de fracasar en el intento de llevar a cabo un estudio completo de cualquier institución. Puede decirse que así como el jurista que no utiliza el método comparado llega apenas a alcanzar un conocimiento parcial del objeto, ya que quien estudia el Derecho de un solo país ni siquiera estudia el Derecho de ese país; también acontece que quien solamente acude a los métodos jurídicos tradicionales, apenas alcanza a un estudio unilateral del objeto, que será fatalmente incompleto y dará resultados equívocos. El jurista que prescindiera de la apoyatura metodológica de las ciencias sociales podrá fácilmente incurrir en las deformaciones originadas en la unilateralidad; como que también ese peligro concierne a quienes para alcanzar el conocimiento de un objeto jurídico se valen únicamente de elementos provenientes de las disciplinas sociales extra-jurídicas. La falta de adecuada inserción de la metodología interdisciplinaria puede tanto hacer caer en el hiperfactualismo o en cuantitativismo, cuanto incurrir en el más estrecho legalismo formal. No es ésta la oportunidad para abundar más en consideraciones sobre este problema metodológico, pero nos ha parecido importante llamar la atención sobre la relación que guarda con el otro problema en estudio: el de la formación del abogado para su interrelación con otras disciplinas.

–V–

Método, técnica y enfoque. “Análisis”

En síntesis, no se puede dejar de lado –para saber de qué se trata el AED– las significaciones que asigna el DRAE (Diccionario de la Real Academia Española):

A) MÉTODO

1. Procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. Puede ser analítico o sintético.

Analítico que pasa del todo a las partes que procede descomponiendo.

Sintético que pasa de las partes al todo que procede componiendo.

En última instancia, nos topamos con 2 métodos:

- a.1) **INDUCTIVO:** Ascender lógicamente el entendimiento desde el conocimiento de los fenómenos (hechos o casos) a la ley o principio que virtualmente los contiene o que se efectúa en todos ellos uniformemente.

- a.2) **DEDUCTIVO:** Método por el cual se procede lógicamente de lo universal a lo particular.

- Sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto.
- Sacar consecuencias de una cosa (INFERIR).

INFERIR: deducir una cosa de otra. Sacar una consecuencia.

B) TÉCNICA

1. Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte.
2. Pertenciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes.

C) ENFOQUE

1. Hacer que la imagen de un objeto producida en el foco de una lente se recoja con claridad sobre un plano u objeto determinado.
2. Centrar en el visor de una cámara fotográfica la imagen que se quiere obtener.
3. Proyectar un haz de luz o de partículas sobre un determinado punto.
4. Dirigir la atención o el interés hacia un asunto o problema desde unos supuestos previos, para tratar de resolverlo acertadamente.

(Estas dos últimas acepciones del DRAE son las que más le conciernen al AED, en cuanto herramientas de las que se vale el mentado “análisis”).

D) ANÁLISIS

¿Qué se entiende por él? Varias acepciones:

1. Distinción y separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos.
2. Examen que se hace de una obra, de un escrito o de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual.
3. Examen de los componentes del discurso y de sus respectivas propiedades y funciones.

A estos alcances debemos sumar uno que está muy próximo a la economía: el **ANÁLISIS “FACTORIAL”**, entendiendo por tal el método estadístico usado para cuantificar la importancia de cada uno de los factores actuantes en un fenómeno.

En su obra “Diccionario de Filosofía Abreviado” (Ed. Sudamericana, 1986) José Ferrater Mora dedica extensa exposi-

ción al concepto analítico y, luego de recordar su sentido en la antigüedad, expresa que: “...en la actualidad suele entenderse el análisis como la descomposición de un todo en sus partes. Más que de un todo real y de sus componentes reales –como ocurre en los análisis químicos– se entiende esa descomposición en un sentido lógico o bien mental. Se habla así de análisis de una proposición en cuanto investigación de los elementos que la componen, o de análisis de un concepto en cuanto investigación de los subconceptos con que se ha construido tal concepto. En todos estos casos el análisis se contrapone a la síntesis que es una composición de lo previamente descompuesto. Hay que advertir, sin embargo, que tal contraposición no impide usar los dos métodos, el analítico y el sintético, tanto en la ciencia como en la filosofía. Es una opinión muy generalizada que ambos métodos tienen que ser complementarios: una vez analizado un todo en sus partes componentes, la recomposición sintética de estas partes tiene que dar por resultado el todo de que se había partido” (ob. cit.; págs. 28 y 29).

Después de desbrozar las recientes “escuelas o direcciones”, el autor destaca un analitismo que, si bien se origina en el formalismo, está “...más interesado en los problemas lógicos, y preferentemente ocupado en construir lenguajes precisos dentro de los cuales queden eliminadas las paradojas y a los cuales puedan traducirse las partes no contradictorias del lenguaje hablado”; por lo que “...pretende últimamente forjar lenguajes en los cuales pueda describirse con rigor la experiencia. Por lo tanto, tales lenguajes, aun cuando son formales, deben utilizarse con vistas a describir la realidad, al revés de lo que ocurre con el analitismo en los sentidos (anteriores) que es más bien un modo de eludir los problemas de la descripción de lo real”.

En síntesis, Ferrater Mora admite que “...con el término “análisis” o también con la expresión “análisis lógico” se designa hoy un amplio movimiento filosófico de carácter antimetafísico

que abarca muy diversas tendencias: positivismo lógico, empirismo lógico o científico, Escuela (analítica) de Cambridge (v.), Grupo de Oxford (v.), Círculo de Wittgenstein (v.), etc. A este movimiento se incorporan muchos de los que trabajan en temas de lógica simbólica y de semiótica en un sentido “neutral” y pretende ofrecer cierta idea de la actividad filosófica”, y a esta tendencia se han ido volcando “los antiguos positivistas lógicos de tendencia formalista como Carnap y muchos de los que trabajan en el campo de la lógica matemática con el fin de encontrar lenguajes en el sentido indicado” (ob.cit. págs. 30 y 31).

-VI-

Teoría y Doctrina. “Enfoque”

“Teorías” y “Doctrinas”: ¿qué pretende o aspira a ser el AED y qué es realmente? ¿Una teoría o una doctrina?

El profesor Fayt, Carlos S., en su clásica obra “Derecho Político”, Tomo I (Depalma 1985), afirma que: “Las doctrinas políticas en consecuencia: 1) son producto de la época en que se formulan, enraízan en la realidad de su tiempo; 2) según se sirvan de justificación al orden existente o proporcionen una configuración del futuro anticipado en el pensamiento, son conservadoras o revolucionarias”; para añadir después que “las doctrinas se oponen y se complementan entre sí. El nexo que las vincula es generalmente idéntico: racionalizar la conservación o la transformación de la organización política y del ordenamiento social; y las realizaciones políticas materializan parcial o totalmente las doctrinas”.

La conclusión de Fayt es coincidente con la de Mario Justo López, en el sentido que “Los vocablos “teoría” y “doctrina” son

ambiguos y a menudo se los emplea como antónimos. En rigor, teoría corresponde al conocimiento especulativo y la doctrina al conocimiento práctico. La primera trata de conocer la realidad tal cual es, la segunda, de influir sobre ella. La teoría trata de comprobar los hechos, clasificarlos y explicarlos. La doctrina en cambio, valora los hechos en función de una cosmovisión, de una ideología, de una motivación o de una finalidad, y el conocimiento se proyecta o trata de proyectarse sobre la acción” (ob. cit., págs. 32 y 33).

En su “Introducción a los Estudios Políticos” (Ed. Kapeluz, 1969, tomo I, Teoría Política) el académico M. J. López, arriba mencionado, abunda en la dinámica entre “teoría” y “doctrina”: “La primera es un modo de pensar destinado al conocimiento de la realidad política. Busca obtener un conocimiento comunicable, confortable y de validez general. La segunda es un modo de pensar destinado a la acción en la realidad política. Busca señalar la empresa a realizar. La realidad objeto de conocimiento es la misma, pero es distinta la actitud del sujeto. En un caso, se trata de comprobar los hechos, clasificarlos y explicarlos, para lo cual se recurre a hipótesis susceptibles de ser verificadas por la experiencia. Predomina la voluntad de conocer. En el otro, los hechos son juzgados y valorados y se los acepta o se los rechaza, en función de una *Weltanschauung*, de una ideología, de una motivación o de una finalidad, y el conocimiento se proyecta o trata de proyectarse sobre la acción y se convierte así en parte de a propia realidad política (tras la imagen de una realidad política pensada, se proyecta la empresa a realizar). Predomina la voluntad de querer y poder. En tal sentido, cabe afirmar que la teoría política es conocimiento de la realidad política que no se confunde con ella y, en cambio, la doctrina política queda involucrada en la realidad política misma” (ob. cit., pág. 111).

En el “Diccionario de Filosofía Abreviado” de José Ferrater Mora (Ed. Sudamericana, Bs.As., 1986) el autor anota:

TEORÍA: El significado primario del vocablo “teoría” es contemplación. De ahí que se pueda definir la teoría como una visión inteligible o una contemplación racional.

En la actualidad el término “teoría” no equivale exactamente al de “contemplación”, pues designa una construcción intelectual que aparece como resultado del trabajo filosófico o científico. Los filósofos de la ciencia especialmente han introducido interpretaciones muy diversas acerca de la naturaleza de las teorías científicas. Para unos la teoría es una descripción de la realidad (descripción de percepciones o descripción de los datos de los sentidos). Para otros la teoría es una verdadera explicación (v.), de los hechos. Otros finalmente sólo la identifican con un simbolismo útil y cómodo. Muchos autores han manifestado que el análisis de la naturaleza de la teoría plantea problemas epistemológicos, pero que se los puede soslayar sin excesivo daño para el análisis que debe limitarse a describir la estructura de la teoría. Una definición reciente unifica diversos conceptos habitualmente separados y aun contrapuestos: “Una teoría científica es un sistema deductivo en el cual ciertas consecuencias observables se siguen de la conjunción entre hechos observados y la serie de las hipótesis fundamentales del sistema” (ob. cit. págs. 405 y 406).

Por último, una vez más acudiremos a la documentada obra de Mario Justo López, citada *ut supra*, para remarcar la manida diferenciación entre “teoría” y “doctrina”, con las consabidas dificultades que dicha cuestión acarrea: “La distinción entre “doctrina” y la “teoría”, con respecto a la política, ha sido puesta de manifiesto por Prélot, quien toma la distinción conceptual del economista Gaétan Pirou, y señala que éste la precisó en la *Introduction* a su gran *Traité d'économie politique*, retomándola de una obra anterior publicada en 1929 bajo el título de *Doctrine sociale et science économique*. Prélot distingue claramente los dos conceptos: pero formula la siguiente advertencia: “...Muy frecuentemente, lo que se presenta como teoría es en realidad doctrina. El autor de una doc-

trina la disimula bajo el velo científico; inversamente, las doctrinas dan lugar a teorías. En la mayor parte de las obras el vínculo entre la doctrina y la teoría no podría ser cortado. A lo sumo, en caso de que se lo lograra, se empobrecería considerablemente su estudio. Hasta se correría el riesgo de desfigurar completamente el sentido. La mayoría de los escritores son a la vez doctrinarios y teóricos. Si sólo se los considera como teóricos, se presenta una imagen parcial de su pensamiento. Las grandes obras deben estudiarse, pues, en toda su amplitud y densidad, aprehendiendo su economía interna del modo en que fue concebida por el autor.” (Prélot, Marcel, La ciencia política [título original francés: *La science politique*], Eudeba, Buenos Aires, 1964, págs. 62–64). El mismo autor expuso claramente la distinción entre “doctrina política” y “teoría política” en su obra *Histoire des idées politiques*, Dalloz, París, 1961, pág. 3. En la misma obra expone la noción de “sistema doctrinal”, hecho de tesis articuladas entre ellas y vinculadas a un principio y que comportan un proyecto intelectual de organización política, que forma igualmente un todo ligado y coordinado. (Ob.cit., pág. 6)” (cit. de ob. cit., págs. 142 y 143, de López).

Si nos referimos a la tarea de la hermenéutica jurídica, separándola de la técnica de gestación legislativa y del difuso grado de discrecionalidad en la aplicación del Derecho por el administrador ejecutivo, podemos afirmar que estamos ante modalidades de aplicación del Derecho y de su teoría general, antes que de la osada aspiración a prescindir de aquella para reemplazarla por una teoría especial o particular de las escuelas económicas:

- 1) La importancia del contexto: No hay que perder de vista lo que nos contiene pero que, a la vez, nos extiende. Las posturas excluyentes o soberbias, aun sin caer en el extremo del “fundamentalismo”, pueden deparar la sorpresa que John Glasworthy atribuía a un pecado menor que ese, cuando advertía que “el idealismo aumenta en proporción directa a la distancia que nos separa del problema”.

- 2) Los peligros del sincretismo: Nada está tan lejos, ni nada está tan cerca, si se trata de una investigación científica, alejada de los prejuicios: lo importante es no confundir las semejanzas ni las diferencias. En el plano del espíritu, decía el pensador Paul Claudel: “yo no estoy lejos, simplemente estoy al otro lado del camino”. La reflexión es válida para los límites metodológicos en las ciencias.

Según estima Pablo Lucas Verdú, con su característica agudeza, que el sincretismo no es un enfoque propio, sino un resultado de enfoques y, a veces, una mezcolanza, que en lugar de reunir las ventajas de cada uno de ellos, puede sumar sus inconvenientes.

- 3) El riesgo del aislamiento: siempre hay que tener en cuenta, en esta materia, que no se puede aislar a la norma a interpretar, sino que debe examinarla desde un punto de vista más amplio y encuadrarla, por último, en el régimen político. El aislamiento es a la metodología lo que al prejuicio en el ánimo del analista es lo que mereció para un autor italiano lo que denominó “...aquella nostalgia del *intrasigentismo*”.

Y esto vale tanto para el inspublicismo como para el insprivatismo.

Advierte Carbone que para conocer el contenido literal de una norma de derecho comercial, por ejemplo, se deberá tener en cuenta el lenguaje, las prácticas y costumbres en el ambiente comercial e industrial, así como otros factores referidos a la historia, al derecho comparado, a la política, a los programas de partidos, etcétera, cuando se trata de interpretar una norma de derecho constitucional. (Carbone, Carmelo, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, Padova, 1951, pág. 16).

-VII-

Derecho y Economía a la vista de los jueces
La verdad jurídica objetiva

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde sus primeros fallos a partir del año 1863, ha tomado en cuenta las relaciones entre derecho y economía, más allá del hecho obvio de los cambios terminológicos que se empleaban en otras épocas y los que están en boga en la actualidad. No sólo ello: la Corte argentina fue precursora del derecho ambiental –que es mucho decir– cuando en el caso de “los saladeros de Barracas” (Fallos 31:274), acta de nacimiento de la protección de la salud pública, marcó la primacía del interés público, limitando el ejercicio de los derechos, cuya adquisición –en el caso de los saladeristas– no podía ser entendida como absoluta, toda vez “que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad” y al ceder ésta cabía retirar la habilitación concedida, habida cuenta que en materia de derechos y aun tratándose del de propiedad “ninguno lo tiene para usar de éste, en daño de otro” (y cita a las leyes de Partidas).

Como se puede comprobar cuando se examinan sentencias importantes (por la sustancia o contenido de la materia sometida a decisión) y, con igual evidencia en presencia de los “*leading cases*”, nuestra Corte Suprema ha evaluado y ponderado el peso y gravitación de los datos provenientes del plano económico en las más variadas situaciones. Tanto las normales cuanto las de emergencia o crisis que afectan con limitaciones transitorias el ejercicio pleno de ciertos derechos. Cabría referir al Alto Tribunal aquel dicho que se suele recordar en circunstancias análogas: “fulano de tal redactaba en prosa (o formulaba poesías con la métrica propia de lo sonetos), pero sin saberlo, sin darse cuenta o sin reconocerlo con ese nombre y carácter. Pues bien: eso le ha ocurrido con la práctica del AED.

No es superfluo rescatar que en innumerables sentencias, la Corte Suprema de Justicia de la nación ha hecho uso –en sus fundamentos– de líneas argumentales que han abarcado la debida ponderación de los datos provenientes de la situación económica y financiera reinante en cada momento histórico, sin incurrir por ello en exageraciones de ningún tipo. Tales fallos pudieron ser pasibles de crítica o discrepancia, en su tiempo y aún ahora, al cabo de muchos ciclos de evolución o involución económica, de crisis y estados emergenciales, de acudimiento a la protección de sectores sufrientes de fuerte riesgo, etc. El lenguaje ha variado según las circunstancias; lo que no impide reconocer un “hilo conductor” que luce a través de expresiones tomadas del propio articulado de la Constitución Nacional, de su Preámbulo enunciativo de fines permanentes, de doctrinas o jurisprudencia de otros tribunales (como la Suprema Corte de USA), o de creación propia del intelecto y el talento de los mismos componentes de la Corte argentina.

Y aunque no se empleara la fraseología del “consecuencialismo”, de las ecuaciones econométricas en torno a la “relación costo–beneficio”, del “eficientismo” como un fin en sí mismo, o de “teoremas” con aspiraciones emuladoras de Pitágoras entre otros, no son menos consagratorias las siguientes apelaciones.

- Fallos 179:113, caso Quinteros (1937), al “bien común”.
- Fallos 201:432, Cía. Eléctrica de Corrientes (1945) al Estado como “agente o custodio” del bien común.
- Fallos 243:98 (1959) y 267:247 (1967), casos Larralde y de Milo respectivamente, a la concepción de los impuestos más allá de la finalidad puramente fiscal.
- Fallos 199:483 (1944), caso Inchauspe, a la tutela de los “intereses económicos de la colectividad”.

- Fallos 254:56 (1982), caso Font, al descartar la existencia de “derechos absolutos”.
- Fallos 243:467 (1959), caso A. Russo, al invocar un poder de policía de la emergencia.
- Fallos 248:157; 252:117; 255:330; y otros, al promover “el progreso económico del país”.
- Fallos 172:29 (1934), famoso *leasing case* Avico c/ De La Pesa, al hacerse cargo de la nueva actitud del Estado ante las secuelas de la gran crisis de los años treinta.
- Fallos 246:345 (1960), caso Prattico, al incorporar la doctrina norteamericana de la “libertad contra la opresión” en materia salarial.
- Fallos 142:80 (1924), caso Cornú c/ Ronco, al armonizar la “iniciativa privada” con el “interés general”.
- Fallos 171:243 (1934), caso Cía. Swift, al poner coto a los abusos del capital sin control.
- Fallos 249:292 (1961), caso Bco. Nación c/ Prov. de Córdoba, al justificar la política impositiva como herramienta del planeamiento.
- Fallos 250:46 (1961) , caso Roldán; Fallos 252:158, caso Mata; y otros, al evitar la antinomia entre el éxito económico empresarial y un eventual trato inequitativo a los trabajadores.
- Fallos 241:291 (1958) caso Kot (amparo) al reconocer el uso y abuso de poder por parte de los grupos intermedios.
- Fallos 251:526 (1961) y Fallos 254:62 (1962) al proclamar la “facultad de encauzamiento” de los conflictos sociales por parte del poder público.

Como podrá observarse, se trata de pronunciamientos judiciales emanados del “intérprete final de la Constitución”, cabeza visible del Poder Judicial y “tribunal de garantías constitucionales”, tal como se ha auto-calificado y auto-definido correctamente nuestra Corte Suprema Nacional. Además, se trata de doctrinas sentadas por las más variadas composiciones del Alto Tribunal, que en los vaivenes que sacuden nuestras vicisitudes institucionales, denotan –más allá de los matices y de las nutrientes filosófico-políticas– el común denominador de no haber esquivado el enfoque de los factores económicos y sociales en el momento de adoptar decisiones en controversias que estaban inmersas en luchas o confrontaciones de intereses de dificultosa armonización. Esa constante de la Corte abarca tiempos y situaciones cambiantes y recurrentes, con mayor o menor estabilidad, poniendo muchas veces en juego el valor de la “seguridad jurídica”, de incuestionable categoría constitucional en la primera parte de nuestra Ley Fundamental.

Quien formara parte en dos oportunidades, de la Corte Suprema, el Dr. Julio Oyhanarte –de quien hemos tomado algunos de los precedentes judiciales arriba citados– tiene dicho en su sesudo, aunque polémico, estudio “Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina” (Paidós, 1969) cuál es el sentido de la metodología incorporada por la Corte en los análisis de los casos de esa índole, afirmando: “Empleo la expresión (“realismo jurídico”) sin referencia a ninguna escuela determinada. Lo que quiero decir es que los intérpretes estatales de la constitución deben elegir dentro del marco normativo teniendo en cuenta, fundamentalmente, las circunstancias concretas y vitales de la realidad actual. La Corte Suprema de la Nación ha expuesto literalmente, en muchas ocasiones, un criterio realista de este tipo. Así, ha dicho: “el derecho debe seguir a los hechos” (cita de R. Ihering hecha en “Avico vs. de la Pesa”), la Constitución es “una creación viva impregnada de realidad argentina” (“Carlos H. Bressani”, citado), el derecho

“no puede prescindir de la realidad de la vida” (“S.A. Merck Química Argentina”, citado), el derecho “no se desentiende de la vida real” (“Manuel E. Bustos Núñez”, citado), etcétera”. La cita de Oyhanarte corresponde a la nota 131 de la publicación efectuada por su hijo Martín Oyhanarte con prólogo del Dr. Alfonso Santiago, al libro “Julio Oyhanarte. Recopilación de sus obras” (Buenos Aires, 2001, pág. 50). En la página 778 del mencionado libro, se transcribe un categórico pensamiento de Oliver Wendell Holmes: “es un deber del juez pesar las consecuencias sociales de su decisión” (extraído de “La senda del Derecho”).

Aunque Oyhanarte no coincida con el control judicial de las “emergencias”, pues considera que se trata de cuestiones políticas “no justiciables”, sin embargo y pese a la autorestricción que la Corte Suprema se impuso en numerosas oportunidades, se registran casos en los que la energía jurisdiccional se aplicó hasta el extremo de considerar finiquitada una situación de crisis que algunos años antes había abierto el paso a una legislación temporaria y excepcional en materia regulatoria de los derechos individuales. Es por ello que nos parece que vale la pena traer a colación el importante precedente emanado de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 26 de agosto de 1925, en sentencia recaída en la causa “Leonardo Mango c/ Ernesto Traba”, marcando en esa oportunidad una doctrina en torno a la transitoriedad de las restricciones fundadas en una emergencia. Se trataba de locación de viviendas, y el Tribunal dijo: “Que este régimen de emergencia que afecta fundamentalmente el derecho de usar y disponer de la propiedad ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de oferta de habitaciones, y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración (Fallos, 136:161). Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se lo

convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre los locadores y los locatarios, como es la que han creado las reiteradas prórrogas acordadas a los inquilinos y mucho menos, cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquel, que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes.

“Que en las condiciones expresadas no es posible, considerar razonable la restricción extraordinaria al derecho de usar y disponer de la propiedad que mantiene en vigor la ley 11.318 y que en su origen fue sancionada como una medida excepcional destinada a salvar una grave emergencia. Por consiguiente, la aplicación que de dicha ley se ha hecho en el caso *sub judice* resulta incompatible con las garantías consagradas en los arts. 14 y 28 de la Constitución. Así se ha pronunciado también, en condiciones análogas, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional el mantenimiento de la ley de alquileres del distrito de Columbia, después de haber desaparecido la emergencia que determinó su sanción (sentencia del 21 de abril de 1924; 264 U.S. 543).

En su mérito se revoca la sentencia apelada de fs. 19, aclarada a fs. 20 vta. - A. Bermejo - J. Figueroa Alcorta - Ramón Méndez - Roberto Repetto - M. Laurencena” (confr. Vanossi, Jorge Reinaldo, en “La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en una democracia constitucional: las condiciones y los condicionamientos”, publicado en “El Derecho”, Bs. As., el 25 de octubre de 2005).

Para concluir con la reseña de nuestros antecedentes jurisprudenciales es bueno recordar otra doctrina sentada por la Corte Suprema. Es justo hacerlo, para no desmerecernos. Si bien es cierto que la actual tendencia a tomar en cuenta las consecuencias de los fallos judiciales, de las decisiones de los tribunales constitucionales, sobre todo de la Corte Suprema, se ha traducido en la existencia de toda una escuela dentro del Derecho conocida como “*Law and Economy*”, ésta tiene mucha gravitación en EE.UU. y en otros países, mientras que en nuestro medio ha penetrado con cierta profundidad a través de sus acólitos.

Pero tener en cuenta las consecuencias de los fallos de la Corte no es una novedad, en relación a lo que puede haber sido la sabiduría de los jueces de nuestra Corte en distintas composiciones y en diferentes épocas. Esto encuentra parentesco, no con la denominación de una escuela determinada del Derecho, sino con un cartabón que la Corte ha ido estableciendo al cabo de los años. Por ejemplo, uno muy usado, que a partir de 1957 se fue generalizando, es el de la “verdad jurídica objetiva”, a la cual hay que darle primacía.

A partir del caso “Colalillo contra la Compañía de Seguros España y Río de la Plata”, el 18 de septiembre de 1957, la Corte ha hecho bastante acopio de estas consideraciones. Voy a mencionar nada más que un par de considerandos para mostrar cómo hay un estrecho parentesco entre lo que ahora se nos presenta como una gran novedad, y algo que la Corte siempre ha tenido presente.

Extraemos de “Colalillo” (La Ley, 89–412) estos párrafos: “La condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Si bien es cierto que para juzgar sobre un hecho no cabe prescindir de la comprobación de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados, y que esa prueba está sujeta a limitaciones en cuanto a su forma y tiempo, también lo es que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales”. Y agrega: “A tal efecto, la ley acuerda a los jueces la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, y tal facultad no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable”. Y en otro considerando dice: “es propio de los jueces de la causa determinar cuándo existe negligencia procesal sancionable de las partes, así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad de la defensa de sus derechos. Pero estas consideraciones no bastan para excluir de la solución a dar a los juicios su visible fundamento de hecho, porque la renuncia cons-

ciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia” (Fallos 238:550).

Poco antes de decir esto, un gran Procurador General de la Nación dictaminó ante la Corte lo siguiente (me refiero al caso Francisco Mariano Grisolia, tomo 234, pág. 482): “No se puede prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, porque su consideración es sobre todo en materia constitucional –el caso anterior era civil– uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación”. Esto lo firmaba nada menos que Sebastián Soler, un año antes de que la Corte comenzara a hablar de la verdad jurídica objetiva.

Al tratarse de arbitrar los límites entre las dimensiones del “activismo” judicial y de la “auto-restricción” del poder de revisión, nuestra Corte Suprema ha sentado doctrina en el sentido de que “en las causas en que se impugnan actos cumplidos por otros Poderes, en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, pues ello importaría la invasión que se debe evitar” (Fallos 254:45).

A esta precisión de la Corte Suprema se puede unir la tan reiterada doctrina del mismo Tribunal, según la cual las situaciones sometidas a examen de los jueces deben ser calificadas y resueltas en consonancia con la realidad de sus contenidos como fiel reflejo de la sustancia en que se apoyan, con prescindencia de la denominación o de la terminología que convencionalmente le asignen la parte o las partes intervinientes en la controversia sub examine. O sea, que para la Corte lo que vale es lo que es; no vale lo que se simula o lo que parece ser (“recordar”, el caso “Deltec” y sus remisiones a otros precedentes jurisprudenciales).

Más aun, la Corte ha extendido ese sabio criterio a los supuestos en que esté en juego el mismísimo lenguaje empleado por el legislador con motivo de la sanción de normas. Así, en el

caso “Chicoris y otros”, ha señalado que “el Poder Judicial está facultado para determinar el carácter de la norma, cualquiera hubiese sido la denominación que le hubiere dado el legislador, con el fin de establecer si, so pretexto de aclarar, se afectaban derechos legítimamente adquiridos bajo el amparo de la ley anterior”. (Fallos 311:2073).

Lo dicho en los párrafos anteriores permite afirmar que la Corte Suprema practica en los más variados temas su pauta doctrinaria de la “verdad jurídica objetiva”, aunque no la mencione expresamente, sin que queden dudas de la primacía que le otorga a la realidad sobre la ficción y al contenido sustancial sobre los formalismos discrecionales. Al ser las cosas así, es obvio que en las soluciones controvertidas que se pueden originar en las dinámicas relaciones entre “el Derecho” y “la Economía”, los casos litigiosos deben ser encarados y resueltos a nivel jurisdiccional siguiendo los mismos parámetros mencionados *ut supra*: o sea, que el árbol no impida ver el bosque, que la hojarasca no oculte la verdadera naturaleza del suelo, que el pabellón no cubra una mercadería de contrabando. Transparencia versus ocultamiento o ficción. (Confr., Vanossi, Jorge Reinaldo, en “Filosofía de los valores constitucionales, política institucional, y técnica jurídica, en las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales”, publicado en “La Ley”, el 28 de Abril de 2005).

Cabe señalar que al referirnos a la doctrina de la “verdad jurídica objetiva” hemos remarcado el pensamiento de la Corte en el sentido de que no se puede prescindir de las “consecuencias” de un fallo judicial, conectando ello con la doctrina de la “razonabilidad”, sobre la cual volveremos más adelante. Es por ello que hemos acentuado el carácter de un “cartabón” que adquiere el conjunto de la construcción doctrinaria de los Jueces de la Corte. De acuerdo al Diccionario de la RAE de la Lengua, un “cartabón es un instrumento constituido por un prisma, que se emplea en topografía para dirigir la visual en ángulo recto (hacia el objeto); y también se uti-

liza la misma palabra cuando se quiere significar la adopción de medidas para lograr algo; para obtener un fin o resultado”.

Otra aplicación doctrinaria que la Corte Suprema ha desarrollado en la misma dirección que la de la búsqueda de la “verdad jurídica objetiva”, es la que indica necesidad (y no la mera conveniencia) de que a los hechos, actos o normas se los llame por lo que realmente son o significan y no por la expresión que convencionalmente se le asigne. Ir al fondo de la cuestión y no quedarse en las formalidades o meras ficciones. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que para decidir si un “sobreprecio” fijado por decretos es o no un “impuesto”, debe “prescindirse de la denominación dada al gravamen y atender a la naturaleza de las cosas, pues ésta no es una cuestión terminológica sino sustancial” (Fallos 157:62; Fallos 151:92; Fallos 125:333; caso Swift, 19/X/1966 en La Ley del 16/XI/1966; y muchos más, de distintas épocas). Lo que antecede es una clara señal que el Tribunal dirige a los gobernantes legislativos, ejecutivos y judiciales, en el sentido imperativo de transparentar el lenguaje normativo y de esa manera evitar los equívocos que pueden causar las “travesuras” semánticas y terminológicas.

Pese a ello, los errores se repiten.

–VIII–

El aporte y examen crítico de los jóvenes constitucionalistas argentinos: Dalla Vía y Sola

Primera Parte

En su obra “Derecho Constitucional Económico” (2º Ed., Lexis-Nexis - Abeledo Perrot, Bs. As., 2006) el Dr. Alberto Dalla Vía estudia profunda y desapasionadamente los rasgos distintivos del AED, desde sus orígenes doctrinarios y universitarios con vinculaciones con la “escuela de Chicago” (de Milton Friedman a

Ronald Coase), prosiguiendo con la “escuela de Yale (de Guido Calabresi) para destacar luego el desarrollo como disciplina autónoma que le imprime Richard Posner a partir de 1973 con su ya clásico en la materia: “*Economic analysis of Law*”. En síntesis, Dalla Vía estima lo siguiente: “El análisis económico del derecho se presenta así como una novedosa propuesta de estudio interdisciplinario entre derecho y economía, estableciendo al derecho como objeto de estudio de la economía. Esto implica que la interpretación y evaluación de una norma se realiza desde los presupuestos de la teoría económica y que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo. Por ejemplo, en el caso del derecho de competencia y de las leyes de protección contra el monopolio en determinadas facetas del derecho fiscal, los objetivos perseguidos por estas normas son objetivos estrictamente económicos y es necesaria la colaboración del economista a la hora de determinar cuál es el objetivo económico concreto a lograr y cuál es la vía más coherente para conseguirlo” (pág. 72).

Este mismo autor argentino, detecta los términos “clave” que conforman el nudo central o núcleo fundamental del AED: 1) la eficiencia, que se proyecta de la economía al derecho como fundamento de todo sistema; 2) las soluciones de mercado como la norma básica para la racionalización del sistema jurídico; 3) la adaptación del derecho privado hasta convertirlo en instrumento de reproducción de la lógica económica (sic) en todas las ramas del derecho; 4) la idea del *homo economicus*, que para la realización de su interés privado debe tener como guía irremplazable el egoísmo en la búsqueda de su bienestar personal.

Después de desmenuzar prolijamente las tesis sostenidas por los más renombrados epígonos de la Escuela del AED, saca Dalla Vía una resaltante consecuencia: “El derecho, desde una perspectiva unificadora de la norma de eficiencia, es o bien regis-

tro efectivo de los acuerdos de mercado, o bien metamercado institucional que simula las operaciones de éste en los casos en que no puede funcionar por existencia de altos costes de transacción. De esta forma, la lógica de la eficiencia económica se convierte en norma fundamental que se reproduce en cada sector, institución, norma y decisión operada en el interior de un sistema jurídico, al tiempo que éste aparece redescubierto como un sistema de derechos subjetivos privados de su carácter absoluto (*property rights*), plenamente transferibles a través de una efectiva libertad de contratación, y garantizados a través de un sistema de responsabilidad civil basado en la culpa y por un dispositivo de normas penales que actúan como cobertura de seguridad del propio funcionamiento de esa estructura de transacciones privadas” (págs. 93 y 94, ob.cit).

En un imaginario aunque muy usual “diccionario” de los cultores del AED debemos entender el alcance de los términos y expresiones que conforman su lenguaje como valores entendidos o presupuestos, cuya validez se da por descontada; a saber, por ejemplo, que:

- 1) El “óptimo de Pareto”(criterio paretiano), según el cual una decisión es óptima cuando alguien puede mejorar su situación sin empeorar la del otro; siendo ésta la mayor concesión de sensibilidad social, que acepta la vertiente moderada del AED (Calabresi).
- 2) La “maximización de la riqueza”, o sea, la explotación de los recursos de tal manera que su valor sea maximizado; y al respecto Dalla Vía observa que Posner está postulando una teoría moral alternativa basada en “el progreso económico” como el único valor a ser tenido en cuenta por las instituciones sociales (ob. cit., pág. 75).
- 3) Hay que abandonar la vieja noción de “derecho económico” por su parentesco con el intervencionismo estatal en

la economía; reemplazándolo por el concepto nuevo del AED que hace de aplicación extensiva las reglas de la economía a la regulación de los demás aspectos del comportamiento humano, tales como la responsabilidad civil, el derecho de familia, el derecho ambiental, el derecho penal y hasta las reglas procesales (ídem, pág. 76).

- 4) La palabra mágica es la “desregulación”, de tal manera que el derecho debe limitarse a garantizar el funcionamiento del mercado o cambiar los mecanismos regulatorios cuando la actuación del mercado se vea obstruida y resulte así impedida una “solución negociada”.
- 5) El “*homo economicus*”, como una concepción “reduccionista” de la acción humana; es una visión puramente unidimensional y fracturada, que conduce al espejismo de percibir en el horizonte de la vida social tan sólo a las facetas de la producción y de la riqueza consecuente. Para los que comparten ese estrecho criterio, es aconsejable la lectura y meditación de la reedición de la obra de Erich Fromm titulada “Tener o ser” (Ed. Fondo de Cultura Económica, 2005), especialmente el Prefacio, la Introducción y la primera parte, titulada: “La importancia de la diferencia entre tener y ser” (págs.1 a 43). Lo consideramos un libro fundamental.
- 6) El concepto de “externalidad”, entendido como un “coste” o como un beneficio no asumido por su causante, pero que forma parte de su actividad (por ejemplo: la polución generada en el proceso productivo); lo que conduce a atender el interrogante de quién y cómo asume los gastos añadidos al costo realizado para la obtención del producto o servicio efectuado (lo que el DRAE alude con el nombre de “coste de producción”). Esto conduce al tema de la “responsabilidad” del productor que hace imperiosa la regulación estatal para reparar esos “fallos”

(según el DRAE esta acepción del vocablo “fallo” remite a la idea de falta, deficiencia, error o falto de fuerzas para evitar el resultado o efecto negativo). De acuerdo con Pigou (*The Economics of welfare*) expresa Dalla Vía que la solicitada intervención correctiva a cargo del Estado viene a “internalizar” la “externalidad” (ob.cit., págs. 81 y 91).

- 7) Los *property rights*, equivalentes a un sistema eficiente de apropiación de los recursos, teniendo en cuenta que los bienes y servicios son escasos, por lo que el Derecho debe regular su racionamiento, incumbiéndole una función “asignativa”, o más claramente, de índole “distributiva”. Con acierto destaca Dalla Vía que ese deber de custodia de los *property rights* opera de forma directa sobre los legisladores y los jueces, convirtiéndolos así en actores decisivos y decisorios de los mecanismos de distribución (ob. cit., págs. 84 y 85) al potenciar la protección de unos derechos sobre otros, de lo que resulta que un derecho vale más cuanto más fuerte sea la tutela que se le concede (ob.cit., págs. 87 y 88) y citando a un autor (Calabresi) a cuyo tenor el AED “...considera las normas jurídicas como precios de las posibles conductas de los individuos” (sic., ob.cit., pág. 87). Con matices y aliviamientos otros autores suavizan las aristas más ásperas de los enunciados precedentes: así, la tendencia del “*critical legal studies*” abrevia en fuentes de la filosofía política y social, mientras que la orientación de los “*rights based*” incluye tópicos tomados de la moral y que enfilan hacia la meta de una sociedad más justa (ob. cit., págs. 89 y 90; en el primer caso los referentes serían Habermas y Foucault; en el segundo se ubican Rawls, Nozick y Dworkin).
- 8) El “teorema de COASE” sirve a la E del AED para dar prioridad a la “negociación” y al juego de la “autonomía

de la voluntad” como primer paso para la solución de los problemas que se puedan originar en la presencia de “obstáculos” (los denominados “problemas de externalidad” que mencionamos *ut supra*, en el punto N° 6). Como todo es negociable, cualquier confrontación entre derechos subjetivos puede ser objeto de transacción; pero en su defecto, a falta de acuerdo por fracaso de la negociación, el sistema legal por vía de la justicia procurará la solución a modo de “un mercado simulado” (sic), o sea que la palabra final la tendrá “la justicia del mercado”. Traducido a buen romance, se le está dirigiendo a los jueces una suerte de directiva o de interpretación auténtica (y forzada) para que tomen la decisión tal como “...se hubiese conseguido a través del mercado en el caso de que no hubiesen existido costes de transacción” (es decir, “obstáculos”) que atentaran contra la eficiencia del propio mercado (ob. cit. págs. 73 y 92). Ante este panorama, un autor español manifiesta que “...no nos debe extrañar que el sistema jurídico se convierta en un meta mercado institucional, con una función instrumental explícita de asignación y distribución de recursos de acuerdo con las exigencias de la eficiencia económica...” (Pedro Mercado Pacheco, “El análisis económico del Derecho”, cit. por Dalla Vía, pág. 84, ob. cit.).

Segunda parte

Otro destacado académico argentino que ha encarado el estudio de la escuela del AED es el Prof. Dr. Juan V. Sola, autor de la documentada obra “Constitución y Economía” (Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004), en la que formula y adhiere a numerosos postulados que caracterizan a aquella orientación, por lo que estimamos que tan meritorio trabajo queda alineado con el mismo rumbo de esa tendencia. Ello no obsta a que el aporte de

Sola sea receptivo para nuestras inquietudes al respecto, en tanto y en cuanto volcamos sobre él una lectura “sesuda” (lo que en el Diccionario de la RAE de la Lengua supone “prudencia”).

Coincido con Sola en que el análisis de las “consecuencias” de las normas jurídicas (ley, sentencia, reglamentación, acto) no ha sido la actitud habitual ni la regla general para los actores o agentes del proceso jurídico; pero disiento desde *ab initio* cuando sostiene que la economía es la ciencia social más dura (sic) y la más precisa en sus predicciones, por lo que su matrimonio con el derecho es altamente ventajoso en la faz del análisis microeconómico (ob. cit., pág. 7). Del mismo modo, coincidimos con el autor citado en que tanto los legisladores como los jueces, para tomar sus decisiones, deben efectuar un análisis *ex ante* y *ex post* respectivamente, radicando sus diferencias en los datos de la “información imperfecta”: es obvio que tiene sus ventajas la previsión en ambos casos; como también es relevante el criterio de James Buchanan –que invoca Sola– en la visión de las “decisiones públicas” (*public choice*) en cuanto ingrediente o componente para considerar en una teoría económica de la Constitución. Pero me parece una obviedad casi pueril destacar ejemplificativamente que para establecer un impuesto se exijan mayores requisitos mientras que los beneficiarios de un subsidio procuren mínimos recaudos para su obtención (ob.cit., pág. 9). Desde ya que coincidimos con Sola en que el AED “informa al público, guía a los políticos y mejora las decisiones de los tribunales” (pág. 10); pero para ello no es necesario compartir la tesis de algunos portavoces del AED que equiparan los conceptos de “contrato” y de “Constitución”; lo que no empece a la aceptación y reconocimiento de que esta última “...es de alguna manera el límite entre el derecho y la pura argumentación política y económica” (ídem, págs. 10 y 15). En pág. 22 Sola insiste en la utilidad de la metáfora (sic) del contrato y la Constitución; y en la pág. 24 vuelve a la carga, afirmando que “es interesante el concepto de contrato

social como elemento preconstitucional y como forma de legitimación de la Constitución existente”.

Pero con muy grata impresión, vemos que más adelante, el autor morigeró completamente el supuesto símil (en rigor, una aparente semejanza o error histórico). Dice: “Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como incluidas en el consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran poseído una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. En general apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional” (confr., pág. 32).

Sin embargo, la fuerte impresión causada por la “metáfora”, creo que domina en la atmósfera del tema. Veámoslo: “El tema de la estructura de gobierno ha sido debatido en torno de los contratos de largo plazo y a situaciones similares como son las concesiones de servicios públicos. Un contrato no puede, en principio, ser reformado o anulado sin el consentimiento unánime de las partes. En este sentido el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro.”

Tradicionalmente el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social. Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes han sido base para la creación de constituciones

que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por otros e impuesta a los ciudadanos. En cuanto los límites del contrato social que establece la Constitución puede hacerse referencia a las acciones privadas fuera de la autoridad del Estado establecidas expresamente en el artículo 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados a la idea contractualista de Constitución. (págs. 29 y 30).

En esta contabilidad de coincidencias y disidencias con el estudioso y académico Sola, celebro su puntualización al mérito del derecho Constitucional, cuando expresa que: “Si el derecho constitucional es considerado una materia de prestigio dentro de las investigaciones jurídicas es porque se considera que los argumentos de los constitucionalistas pueden influir en las decisiones de la Corte Suprema” (pág. 14); como también estimo que es apropiado y merecido el encomio que recibe el valor de la jurisprudencia cuando ésta es estable: “El haber resaltado la *eficiencia del derecho de precedentes* es una de las contribuciones del análisis económico del derecho” (pág. 17).

No así el reproche que extrae de Posner y que está dirigido a los constitucionalistas con una generalización rotunda, pero desmentida por la amplísima mayoría de la bibliografía de los más variados países del orbe. Me refiero al siguiente párrafo: “Pero una visión retrospectiva nos indica que los constitucionalistas nos hemos ocupado demasiado en temas de teoría general del derecho, de la interpretación de normas y de la historia constitucional y no lo suficiente en los problemas estratégicos básicos que

las constituciones deben resolver. Entre ellos puedo citar la distribución del poder, la jerarquía de la autoridad, la elección de los gobernantes y, sobre todo, sobre la manera que el gobierno ejerce el poder que la Constitución le ha otorgado” (ídem, pág. 14).

Es cierta la observación que explicita en torno a la distinta o dispar atención que los juristas brindan a los “resultados”, subestimando con frecuencia el miraje hacia los “procedimientos” que conducen a alcanzar los primeros. Sola recuerda la llamada “paradoja de Condorcet” y el “teorema de la imposibilidad” de Arrow, estimando que luce –y es así– que “la jurisprudencia constitucional será incoherente o intransitiva si existen decisiones inestables o cíclicas”, de lo que se deduce la denominada dependencia del camino, o sea, que “la forma en que se ha tomado la decisión influye sobre el resultado” (ídem, págs. 15 y 16). Todo ello, naturalmente, se agiganta en funcionamiento cuando se trata de regímenes del *common law*, en los que la regla del *stare decisis et quia non movere* produce una cierta atadura que, en nuestra opinión, hace más sensible la repercusión de los cambios jurisprudenciales que el peso de la opinión de los doctrinarios.

Es por esta razón que me despierta dudas el último párrafo de la siguiente transcripción del Prof. Sola, en que detecta una posible contradicción –o, quizás, un mero sinsentido– en comparación con lo sostenido por el autor en las primeras líneas; dicho esto más allá de la verdad incuestionable del aserto de que la generalidad o vaguedad de las normas facilita o estimula la diversidad de interpretaciones. Dice el texto: “Los poderes políticos no desafiarán a la Corte en la medida que crean que los ciudadanos responden a lo que el tribunal dice. Los ciudadanos responden a lo que la Corte dice, porque sus decisiones coinciden generalmente con sus preferencias, por lo tanto, la adaptación que requiere una nueva decisión no es dislocadora de la voluntad social. El aumento del poder del tribunal es, en gran medida, debido a la ambigüedad de las normas y puede entonces escoger entre alter-

nativas, pero cuando el texto constitucional o los precedentes existentes son precisos, las personas pueden no adaptar su comportamiento a la nueva norma propuesta y los poderes políticos pueden reaccionar frente al tribunal” (pág. 16).

También debemos reconocer que el saldo positivo de la atención que se preste al “consecuencialismo” se puede traducir –no siempre– en la disminución de los riesgos institucionales. Pero no existe un reaseguro total para la cobertura de tal accidentalismo. Dice Sola: “La despreocupación por las consecuencias de las normas puede llevar a fracasos institucionales. Hay fracasos institucionales cuando se eligen soluciones ineficientes, es decir, distribuciones de derechos que dejen a algún sector peor de lo que estaba sin que exista un beneficio para ningún otro sector. Deben entonces buscarse soluciones que cumplan con un criterio de eficiencia, es decir, que mejoren a las personas cuya situación se desea beneficiar, pero sin empeorar la de otros, o por lo menos, que las ganancias sean superiores a las pérdidas, lo que permitiría eventualmente efectuar compensaciones” (pág. 14).

Antes de proseguir con los comentarios que me brotan de la meditación sobre esta obra de Sola, siento la necesidad de afirmar que mis opiniones –tanto en las coincidencias como en las discrepancias– no restan mérito a dicha investigación, sino que apuntan a los excesos de algunos discípulos extremistas (sic) que bebieron en las fuentes autorales del AED pero que convirtiéndose “en más papistas que el Papa”, han caído en una proclividad surrealista (por el manifiesto de André Breton en el mundo literario-artístico de 1924), llegando a estacionarse en el habitáculo del “superrealismo”: un intento de sobre-pasar lo real, impulsando con automatismo psíquico lo imaginario y lo irracional (según definición del RAE).

En ese contorno, no se propasa del realismo cuando se afirma que “es importante que la teoría constitucional que se aplique lleve a la prosperidad y bienestar de los habitantes” (pág. 22); o

cuando se sostiene que “la democracia es un sistema de competencia popular para la dirección de los poderes monopólicos del Estado” (pág. 23); y que “la democracia es un gobierno competitivo y sus alternativas son gobiernos monopólicos” (ídem); y también acierta cuando expresa que “...el Estado es potencialmente el monopolio más exitoso y proveedor de medios para cualquiera que puede controlarlo, y es también el más peligroso para todo el resto” (ídem). También compartimos su punto de partida: “...corresponde también analizar la extensión de las consecuencias que tendrán para la sociedad las palabras de la Constitución (pág. 22); pero nos distanciamos con el autor (Sola) cuando opta por que “es preferible utilizar análisis empíricos imperfectos que análisis perfectos no empíricos (pág. 23); y nos asombra al afirmar que: “Un modelo económico es correcto si permite predecir el futuro, sin tener en cuenta si las bases de análisis son incorrectas” (pág. 24). En cambio, nos acercamos al tomar en cuenta la llamada “teoría de los precios” que se emplea en el AED, a pesar de que me parece exagerada la dimensión que se le asigna “para reinterpretar las sanciones establecidas en la ley como si fueran precios” (pág. 24). Más afines nos sentimos con su invocación de la “teoría de los juegos” y la estrategia. “Si bien en el Derecho Constitucional no siempre las normas tienen establecida una sanción explícita que se aplique en caso de incumplimiento, las normas fundamentales proveen el marco para competir en la actividad política. Toda Constitución democrática provee un marco de reglas para la competencia por los cargos públicos. Una Constitución efectiva constriñe y canaliza la competencia política. En todo juego interactivo los jugadores trazan estrategias para anticipar los movimientos de los otros jugadores. Esto lleva a algunos jugadores simular comportamientos como ocurre con cualquier juego de equipos como el fútbol y otros deportes. Pero en los mercados perfectamente competitivos hay demasiadas transacciones para que un solo actor económico pueda tener efectos sobre el precio, por lo tanto la teoría de los precios asume habi-

tualmente que el actor actúa de una manera no estratégica. Por el contrario, en la teoría de los juegos, se analiza el comportamiento estratégico que supone que existe cuando el número de competidores es limitado o pequeño” (págs. 24 y 25).

Con relación a los comentarios de Sola sobre el denominado “teorema de Coase” (“el resultado de la negociación será eficiente en la medida que los costos de transacción sean bajos”), nos remitimos a lo dicho *ut supra* con motivo de la obra de Alberto Dalla Vía.

En definitiva y en síntesis: de la adhesión de Sola al AED me atrevo a poner sobre relieve los siguientes enunciados:

- 1) “No podemos imaginar al mercado sin un sistema jurídico que lo sostenga”. Con remisión a Horacio Spector (“El Costo de la Justicia”, Clarín, 11/7/1999, Suplemento Económico), Sola asigna al derecho cinco funciones económicas primordiales a las que “supone” una función constitucional en determinar (¿contener?) a las instituciones económicas: “primero, define derechos de propiedad y métodos para transferirlos (derechos reales y derechos de los contratos); segundo, provee los medios para proteger los créditos (fianza e hipoteca) y modificarlos en caso de imposibilidad de cobro (derecho de quiebras); tercero, establece reglas para la organización de las actividades productivas (derecho societario); cuarto, promueve la competencia vigilando las estructuras de mercado (derecho de defensa de la competencia); y quinto, remedia problemas derivados de asimetrías de información (derecho de protección al consumidor)” (Conf., págs. 34 y 35).
- 2) “El análisis económico del derecho se caracteriza por demostrar la falta de sentido de algunas normas con referencias a sus consecuencias” (pág. 34). Notamos que

aquí el autor circunscribe el mérito a la probable (aunque no segura) carencia de previsión “consecualitaria” en “algunas” –pero no todas– las normas que componen el complejo enjambre de normas y disposiciones. Esta peyorativa que envuelve la alusión a las reglas jurídicas debe entenderse como un alarde de presunción *iuris tantum* pero no *iuris et de iuris*. De lo contrario, estaríamos asistiendo a la sepultura del Derecho.

- 3) “...todas las doctrinas jurídicas tienen costos”. Va de suyo que esto sea así. Permítaseme recordar que hasta la libertad tiene un costo: el orden es el presupuesto para el mayor y mejor goce de los derechos en un ámbito de reinado de la Libertad. Y la “libertad creadora también supone la aceptación de ciertos sacrificios (p. ejemplo, multiplicar el esfuerzo y restar el descanso).
- 4) El AED “...pone a la vista los problemas que la aplicación de una doctrina puede tener” (ob. cit., pág. 34). A esto me permito señalar: el enfoque sociológico también es menester emplearlo para estimar los riesgos y obstáculos de cualquier política que se pretenda realizar en el plano de sus posibles efectos.
- 5) “Esto supone la extensión del análisis de costo-beneficio para conceder una precisión al control de razonabilidad (ídem, pág. 34). Que la escuela del AED nos llame la atención sobre la relación entre “costo-beneficio” y el criterio constitucional de la pauta de “razonabilidad”, esto parece una subestimación de la veterana trayectoria que la fecunda doctrina de la razonabilidad registra sobre la base constitucional del Art. 28 de nuestra Constitución Nacional (la inalterabilidad de la sustancia de los derechos), con exhaustivas aplicaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la proporcionalidad de los medios elegidos con el fin o los objetivos perseguidos);

más la copiosa elaboración de origen norteamericano en la proficua labor creadora de la Suprema Corte de Justicia a través de dos siglos (que no es pavada de antecedente...). Para cualquier duda, acudir a nuestro Juan Francisco Linares, citado y glosado en este ensayo.

Por último, una breve acotación a dos párrafos más de la tan enjundiosa obra de Sola:

- 1º) “Esta doctrina (el AED) analiza el hecho que los gobiernos asignan los bienes públicos mientras que los mercados, asignan idealmente los bienes privados” (ídem, pág. 24); y
- 2º) “Las elecciones competitivas hacen que el gobierno responda a los ciudadanos de la misma manera que los mercados competitivos hacen que la economía responda a los consumidores” (ídem, pág. 23).

Muy breve comentario o, mejor dicho, manera de “memento” (en conmemoración de los fieles vivos y difuntos...): Que yo sepa, las conexiones factibles entre el juego recíproco que media entre la práctica de la “autonomía” y la de la “heteronomía”, es algo absolutamente intrínseco y consustanciado con las concepciones democráticas y las doctrinas contractualistas (en sus más variadas versiones): en primera instancia juega el rol de la autonomía de las voluntades (en plural); y sólo si fracasan en el intento –y a fin de evitar males mayores– entra a operar el rol heterónimo de las decisiones del nivel superior. Es mi más profunda convicción.

Sola transcribe los ocho puntos con los que Richard Posner agrupa los temas de estudio para una “interpretación económica” de la Constitución, a saber:

- 1) “La teoría económica del constitucionalismo, es decir las características económicas y sus consecuencias de reque-

rir mayorías calificadas, o supermayorías para lograr cierto tipo de cambios políticos. Esto se asocia a la idea de Buchanan que la existencia de una Constitución supone la existencia de requerir mayorías para tomar ciertas decisiones. Si sólo se requiriera la unanimidad, para todas las decisiones colectivas no existiría una Constitución.

- 2) La economía del diseño constitucional, de las reglas constitutivas del sistema político y también la separación de poderes dentro del gobierno nacional y del federalismo, es decir de la soberanía compartida del gobierno nacional y las provincias. Esto incluye también las consecuencias de los sistemas electorales y la influencia de los grupos de interés en la legislación y la administración.
- 3) Los efectos económicos, definidos en forma amplia, de doctrinas constitucionales específicas. Es el caso del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, en cuanto a las limitaciones de los juicios contra los medios de comunicación. Es conveniente conocer sus consecuencias económicas.
- 4) La interpretación de las disposiciones constitucionales que puedan tener una lógica económica implícita, como son la libertad de expresión como garantía del mercado libre de ideas, la “cláusula comercial” como garante de un mercado común en nivel nacional, y las normas sobre expropiación y contrarias a la confiscación concebidas como garantías a los derechos de propiedad.
- 5) El análisis de la inclusión en el derecho constitucional de otros mecanismos de protección del mercado, como son las cuestiones de equilibrio presupuestario y el control en la asunción para la Nación y las provincias de deuda pública.

- 6) El problema de dualismo, que supone el análisis que la Corte Suprema sea un activo garante de las libertades personales y al mismo tiempo permanezca indiferente a las libertades económicas. En este punto basta simplemente recordar la jurisprudencia sobre emergencia económica instalada definitivamente en la década del 30 sin prácticamente un límite posterior.
- 7) La relación existente entre la interpretación constitucional y el desarrollo económico. En este sentido la importancia que ha adquirido la llamada cláusula del progreso en el establecimiento de privilegios tributarios.
- 8) La extensión en la cual los jueces pueden utilizar el análisis económico en la interpretación constitucional, de la misma manera que utilizan métodos de otras ciencias sociales, como la historia, la sociología y la ética”. (págs. 28 y 29).

– IX –

El debate proseguirá. Dudas y reservas

No haremos, por nuestra parte, mayor comentario; pero únicamente preguntamos: ¿Debe aceptarse que sea así? ¿Puede ser resignado a tal extremo el rol del derecho? ¿Y la Justicia, tanto como un valor cuanto organización de un Poder del Estado, que al ser la Corte Suprema – en nuestro sistema – la cabeza visible del mismo, tiene y ejerce la doble misión-función de tribunal de garantías constitucionales (¡de todas ellas!) y de intérprete final de la Constitución Nacional, según su autodefinición (que compartimos y defendemos)?

De un modo parecido, Dalla Vía “deja la pelota picando en la cancha” cuando, al tomar cuenta del grado de penetración del AED en algunas decisiones y judiciales en el ámbito del *common law* de los EE.UU., se pregunta si estamos en definitiva en presencia “de afirmar que el valor económico de la eficiencia o el principio de la maximación de la riqueza pueden ser usados por los jueces como un estándar ético para determinar cuándo una decisión particular puede considerarse como “justa” (ob. cit., pág. 90).

Este es el problema. Pero: ¿es un problema –a resolver–; o es un enigma –a descifrar–, o es una fatalidad, en cuyo caso sólo cuadra la resignación? El debate al respecto proseguirá y, quizás, por mucho tiempo, habida cuenta de los ingredientes altamente polémicos que componen el tema en discusión y la no fácil conciliación entre las posturas asumidas en torno a la filiación del AED, en cuya membresía sobresalen las estalactitas (con la punta hacia abajo) y las estalagmitas (con la punta hacia arriba) con la asistencia de muchas razones pero no con la única razón. Mientras no quedemos atrapados o encerrados en la caverna, bienvenida sea la enriquecedora pluralidad de opiniones.

¿No será cierto (aunque sea en parte) aquel proverbio que proclama que “no hay nada nuevo bajo el sol? ¿No será admisible (aunque sea un adaptación *mutatis mutandi*) que la “ley de Lavoisier” según la cual “nada se pierde, todo se transforma”, puede tener también aplicaciones en las ciencias sociales?

Me permito traer a cuento el caso de los “derechos adquiridos” como parte integrante del derecho de propiedad, aunque sin querer invadir el coto de caza que el AED construye en torno a los denominados *property wrights*. Al respecto, al comentar la obra de J. F. Linares hemos expresado, remarcando sus siempre válidas apreciaciones sobre los rasgos del *common law*, que:

El cap. 6° trata de la teoría de los derechos adquiridos que fue para la Corte norteamericana la primera forma de tomar en cuenta el derecho natural y los derechos del hombre. Dicha teoría fue elaborada por los jueces y juristas clásicos del derecho norteamericano, acudiendo a los derechos naturales y al contrato social como limitaciones del poder legislativo; y, así, los derechos de propiedad, de igualdad y de protección contra las leyes retroactivas aparecieron como una limitación a los poderes del Estado en materia de policía, dominio eminente y poder impositivo. Y luego de enfatizar el rol de la teoría de los derechos adquiridos como basamento para el desarrollo paulatino del control de constitucionalidad, expresa Linares que “el otro soporte es la técnica para determinar cuando, frente a cláusulas muy amplias, existe “el más o el menos” que permite afirmar o negar la violación de tales derechos. Uno de los aspectos de esa técnica es la garantía del debido proceso sustantivo” (p. 67).

Entre los años 1890 y 1910 tiene lugar en los Estados Unidos lo que Corwin –citado por Linares en el cap. 7°– llamó el “carnaval de la inconstitucionalidad”, consistente en el rechazo de la mayor parte de la legislación social por la Corte Suprema, en la que las cabezas visibles de los *justices* Brewer, Harlan y Field hacían valer derechos considerados como “anteriores al gobierno humano” que los jueces debían proteger según la tónica de una libertad natural o vaciada en la libertad del *common law* al punto que cualquier limitación a esa libertad no conocida por el derecho común era estimada como “...yendo en contra de la legítima interpretación de la Constitución, cuando no de su letra” (p. 71). Pero ese exceso –del arbitrario judicial– recubierto por formas legalistas y principios abstractos del *common law*, fue perdiendo terreno a partir de 1910, con la reacción capitaneada por los grandes jueces disidentes Holmes, Brandeis, Cardozo y Stone, quienes abren paso a la interpretación sociológica, sin por ello prescindir

de toda valoración jurídica. A partir de entonces “son las circunstancias del caso, probadas por medios convincentes, o sea, los hechos sociales que motivaron la ley y los fines sociales que ellas persiguen, los datos esenciales para determinar la razonabilidad de dicho acto legislativo; no la simple invocación de principios del *common law* o del derecho natural”. (p. 74).

Mi opinión, a través de una pregunta: ¿no será que en Milton Friedman y otros autores en los que abrevaron los juristas de la Escuela de Chicago en sus postulaciones alrededor del AED y sus posibles virtudes transformadoras, esté presente la inspiración demiúrgica de lo que humorísticamente se denominaron o aludieron después como “*Reaganomics*”...?

A fin de aparecer como una manifestación insólita, el novísimo libro del consagrado politólogo Giovanni Sartori (Profesor de la Universidad de Florencia y durante extensos períodos en la Universidad de Columbia, New York), titulado “*La democrazia in trenta lezioni*” (Ed. Mondadori, 2008) contiene un bizarro cuestionamiento a las tendencias absolutistas o extremistas del mercadismo, en cuanto a los efectos previsibles que esta orientación puede deparar en el espacio terráqueo. Su advertencia alcanza a la denuncia de un “crecimiento insostenible” entre la “penuria hídrica” y la “crisis energética”. Su punto de partida y conclusión de llegada coinciden en que las teorías economicistas resultan vanas frente a los riesgos demográficos y ambientales. Al comentar este reciente aporte de Sartori, Antonio Carioti destaca que los errores del sistema se originan en la pretendida meta de un desarrollismo ciego (“*svilupπισmo cieco*”) y el derroche de los recursos (véase: “*Il Corriere della Sera*”, 26 de marzo, 2008); por lo que los temores de Sartori no miran tanto a la competencia china o a la inestabilidad de las finanzas globales, sino más bien a la penuria de los recursos hídricos, los cambios climáticos y la superpoblación del planeta; apelando a la responsabilidad de todos para evitar la catástrofe.

Los principales tópicos del análisis de Sartori se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Después de la segunda post-guerra ha prevalecido la doctrina “economicista” que sostiene que para transformar los regímenes autocráticos en democracias concurre un crecimiento del bienestar, que conlleva automáticamente a la democracia. Si bien está aceptado que una democracia sin sistema de mercado es poco vital, no es verdad lo contrario: una economía de mercado puede existir y florecer sin democracia o precediendo a la democracia.
2. Si la democracia produce bienestar, no siempre es así. En América Latina hay casos de empobrecimiento aun con democracia, cuando se induce a consumir más de aquello que se produce. Sartori las califica como “democracias en déficit”.
3. Con el fenómeno de la globalización, se produce una dinámica de remolino o torbellino (“*vortice*”) que ni los Estados pueden regular: es el afán de desarrollarse a cualquier costo y a la mayor velocidad posible. La superpoblación indica que el proceso no puede ser de un crecimiento ilimitado, pues se consumen los recursos más allá de su producido: es un “desarrollo no sostenible”, por la sencilla razón que esos recursos son agotables, no valiendo como respuesta la mera fe o confianza en que “el mercado proveerá”. Sartori objeta esa creencia, a la que equipara con el “mantra” (sic), o sea lo que en el hinduismo y el budismo son palabras o frases sagradas que se recitan (en sánscrito) y durante el culto, “para invocar a la divinidad o como apoyo de la meditación” (confr. RAE).

4. La notable agudeza de Sartori queda a la vista cuando afirma que el mercado y el sistema económico no coinciden, trayendo como ejemplos que de los bienes colectivos (la policía, la seguridad, las calles, la iluminación, los árboles, el agua) son bienes financiados por las “tasas” y no los “precios”, sin contabilizar los bienes colectivos que suministran ni el daño colectivo que provoca su consumo excesivo (p. ej., el agua freática). Esta argumentación de Sartori es, más que nada, una comprobación o una serie de ellas, cuya gravitación va por encima de la “volumetría”, entendiendo por tal –a mi entender– la determinación y medida de los volúmenes (RAE). Lo dicho tiene los efectos de una “deflagración”, pues en forma simbólica y dentro del régimen de mercado desata una llama súbita, aunque no llegue a construir una explosión. ¿Por qué?
5. La respuesta conduce a lo que el AED denomina las “externalidades”(efectos externos), que provocan daños que el causante no paga y que el mercado no registra. La multiplicación de estas patologías genera efectos “catódicos”, o sea, de sentido descendente y negativo (es nuestra opinión), que van más allá –así lo creemos– de “abstracciones por sugerencias mutuas” entre economistas y mercadistas. En la práctica política y constitucional, nosotros notamos que cuando la desesperación crispa las latitudes de la crisis, la angustia de los intereses y sus “lobbistas” afectados no se detiene en el florilegio de la deprecación (ruegos, súplicas, peticiones fervientes), sino que la desesperación reinante impulsa al acudimiento al Estado (poder público) con manifestaciones y demostraciones (a veces exageradas) para que se conceda algo que se desea: la salvación. Entonces se reclama otro “bizarrear”: que sea el Estado el que vuelva a quicio la situación, “bizarraamente” (lúcido, espléndido y generoso).

Hasta acá hemos entrelazado la visión de Sartori con nuestro modestos comentarios. ¡Perdón por el atrevimiento! Pero el gran maestro florentino va más allá, pues no desglosa el análisis economicista de las peripecias ecológicas que nos acechan. Las respuestas y propuestas económicas le parecen insuficientes, pues según su opinión “los economistas están cerrados en el recinto del mercado”, al que estima lento y miope, no llega a tiempo y afronta los problemas cuando es demasiado tarde. Según él, el déficit es inevitable, pues los sustitutos del petróleo (metanol, biodiésel) llegarán tarde y escasos, pues no habrá bastante territorio y producción para abastecer contemporáneamente plantaciones para la benzina y para los productos alimenticios. ¿Qué haremos en el interín?, se pregunta Sartori; y lo mismo plantea respecto de la provisión del agua potable, dado el elevado costo de la desalinización del mar. Vuelve, por último, a instar la apertura de los ojos y de la mente ante la marea de la superpoblación, ante el desastre climático, frente al colapso hídrico y su reiterada profesía de que si no reaccionamos a tiempo el denominado “desarrollismo ciego” fermentará en una irremediable implosión (sic).

Sus palabras de alarma merecen ser reproducidas en la lengua de origen de su valiente manifiesto de denunciar contra la irresponsabilidad de todos en general y de los economicistas utilitarios en particular, que escatiman la ponderación de los valores. Dice Giovanni Sartori que: “*Il paradosso e che il sistema economico di mercato ha per circa duecento anni promosso la liberal democrazia, mentre ora la minaccia con un’accelerazione fuori controllo, la cui implosione può travolgere anche la democrazia che aveva allevato. Un cataclisma climatico e ambientale può affossare, assieme a tittu il resto, anche la città libera. Perché lo sviluppo non sostenibile è anche uno sviluppo inaccettabile, che impone un ritorno a quel passati di carestie e di povertà che ci eravamo lasciati alle spalle*”.

¡Gran mérito de un maestro que rescata y exalta los valores, en defensa de la calidad de vida de la humanidad y por encima de los mezquinos intereses sectoriales que sólo toman en cuenta el provecho egoísta de un cálculo económico, que explica así la negativa a firmar los acuerdos internacionales de protección de la naturaleza y del medio ambiente!

---- • ----

Me quedan en claro muchos puntos, pero debo confesar que siguen en pie algunas dudas, acaso derivadas de una desconfianza innata hacia las construcciones intelectuales en las que “el pabellón esconde a la mercadería” (al decir de los maritimistas).

¿Estamos frente a un “teorema”, en el sentido riguroso del término? ¿Aparecen nuevos Pitágoras, o son contados y excepcionales, como registra la historia de la ciencia?

TEOREMA: proposición demostrable lógicamente partiendo de axiomas o de otros teoremas ya demostrados, mediante reglas de inferencia aceptadas (DRAE).

TEORÉTICO: que se dirige al conocimiento, no a la acción ni a la práctica. Estudio del conocimiento (DRAE).

¿Toda doctrina es teórica propiamente dicha?

¿Toda teórica en su conjunto es forzosa o necesariamente hermética y coherente?

Observamos en el tratamiento de los problemas que asume el AED bastantes matices, no sólo en los temas centrales de la preeminencia de la Economía sobre el Derecho –o su condicionamiento– sino en otros tópicos que no escapan a la filosofía no se pueden soslayar en una “cosmovisión”. Por ejemplo, en el caso de

Guido Calabresi (exponente de la Escuela de Yale), estamos en presencia de un eminente jurista, nacido en Milano y hoy juez federal de apelaciones en New York (nombrado por Clinton, que a sus 75 años de edad y cuarenta títulos “*honoris causa*” no es tan sólo líder del AED sino también un líder de la causa por la abrogación de la pena de muerte y que –en su condición de magistrado– critica como un hecho “escandaloso que los cinco jueces más feroces (en la aplicación de la pena capital) sean cinco católicos de la Suprema Corte” (sic) (véase “*Il Corriere della Sera*”, 18/3/2008) pues sostiene Calabresi que se puede ser fiel al Derecho interpretándolo de un modo que no importe la pena mortal (o capital).

- X -

Juridicidad, econometría y economicismo. ¿Qué enfoque?

Veamos los términos “apreciativos” y los términos “despreciativos” de tan intrincada cuestión. Así, por caso:

1. JURIDICIDAD: cualidad de jurídico.

Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos y sociales.

Mi temor: la inmolación de la “juridicidad” en brazos de la “econometría”.

2. ECONOMETRÍA: Parte de la ciencia económica que aplica las técnicas matemáticas y estadísticas a las teorías económicas para verificación y para la solución de los problemas económicos mediante modelos.

3. **ECONOMICISMO:** Criterio o doctrina que concede a los factores económicos primacía sobre los de cualquier otra índole.

Es como cuando tenemos que elegir entre sentenciar por fundamentos: “*dura lex, sed lex*”, y “*summum ius, summa iniuria*”, o entre el pragmatismo (¿o utilitarismo?) de “*primum vivere, deum philosophare*”, o la primacía absoluta de la sumatoria que se da entre el principismo y el idealismo.

La “econometría” merece una mención aparte, pues existen devotos del AED que consideran lisa y llanamente que el Derecho va pasando a ser tutelado por la Econometría.

La econometría, igual que la economía, tiene, como objetivo explicar una variable en función de otras. Esto implica que el punto de partida para el análisis econométrico es el modelo económico y este se transformará en modelo econométrico cuando se han añadido las especificaciones necesarias para su aplicación empírica. Es decir, cuando se han definido, según la bibliografía acumulada al respecto:

- 1) Las variables (endógenas, exógenas) que explican y determinan el modelo.
- 2) Los parámetros estructurales que acompañan a las variables.
- 3) Las ecuaciones y su formulación en forma matemática.
- 4) La perturbación aleatoria que explica la parte no sistemática del modelo.
- 5) Los datos estadísticos.

A partir del modelo econométrico especificado, en una segunda etapa se procede a la estimación, fase estadística que asigna valores numéricos a los parámetros de las ecuaciones del modelo. Para ello se utilizan métodos estadísticos como pueden ser:

- Mínimos cuadrados ordinarios.
- Máxima verosimilitud.
- Mínimos cuadrados bietápicos, etc.

Al recibir los parámetros el valor numérico, definen el concepto de estructura que han de tener valor estable en el tiempo especificado.

La tercera etapa en la elaboración del modelo es la verificación y contrastación, donde se someten los parámetros y la variable aleatoria a unos contrastes estadísticos para cuantificar en términos probabilísticos la validez del modelo estimado.

La cuarta etapa consiste en la aplicación del modelo conforme al objetivo del mismo.

¿Para qué sirve toda esta parafernalia? En general los modelos econométricos son útiles para:

1. Análisis estructural y entender cómo funciona la economía.
2. Predicción de los valores futuros de las variables económicas.
3. Simular con fines de planificación distintas posibilidades de las variables exógenas.
4. Simular con fines de control valores óptimos de variables instrumentales de política económica y de empresa (datos extraídos de la Enciclopedia citada *ut supra*).

Entonces, el AED puede arrojarnos a: una panacea, remedio que buscaban los alquimistas para curar todas las enfermedades; o un rescoldo, que es una brasa resguardada por las cenizas. ¿Qué nos provoca?: escozor, recelo o escrúpulo.

¿Qué tal si la respuesta a los planteos del AED fuera la contrapropuesta de un “Análisis Jurídico” de la Economía? Por lo pronto, la existencia de una especialidad (o de un campo específico) bajo la denominación de “Derecho Económico” tiene carta de ciudadanía desde hace más de medio siglo (Olivera, Julio H. G., “Derecho económico. Conceptos y problemas fundamentales”, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954).

El mayor riesgo que contiene la aplicación fanatizada del AED es el abandono o la “dejación” paulatina de la ponderación de los valores. ¡Un Derecho sin límites axiológicos! Las doctrinas que predicaron la emancipación de la política o del derecho con respecto a la ética y a los valores morales fueron muy negativas para la salud espiritual de la humanidad, y lo mismo puede producirse si el derecho resultara finalmente en su creación, interpretación o aplicación, dominado no ya por el voluntarismo político o por el hiperfactualismo, sino por una supuesta inexorabilidad de las reglas económicas.

Si el AED pretende imponer a la econometría por encima del derecho, ambos saldrán devaluados.

Mi opinión: que no se trata de una “teoría”, ni puede pretender las ambiciones de una “doctrina”, tampoco exhibe las potencialidades de una “metodología”. ¿Qué es?, es una herramienta o instrumento para obtener un “enfoque” o, si se quiere, un nuevo y más amplio enfoque de los fenómenos sociales, a cuyo ámbito pertenecen tanto la economía como el derecho y muchos otros más de la actividad humana.

Entre las definiciones de “econometría” que los economistas relevantes han formulado a lo largo de la historia, podemos

destacar las siguientes, extraídas de una Enciclopedia de uso general:

Rasgar Frisch (1930): “La experiencia ha mostrado que cada uno de estos tres puntos de vista, el de la estadística, la teoría económica y las matemáticas, es necesario, pero por sí mismo no suficiente para una comprensión real de las relaciones cuantitativas de la vida económica moderna. Es la unión de los tres aspectos lo que constituye una herramienta de análisis potente. Es la unión lo que constituye la econometría”.

Samuelson, Koopmans y Stone (1954): “...el análisis cuantitativo de fenómenos económicos actuales, basado en el desarrollo congruente de teoría y observaciones, y relacionado por métodos apropiados de inferencia.”

Valavanis (1959): “El objetivo de la econometría es expresar las teorías económicas bajo una forma matemática a fin de verificar las teorías por métodos estadísticos y medir el impacto de una variable sobre otra, así como predecir acontecimientos futuros y dar consejos de política económica ante resultados deseables”.

A.G. Barbancho (1962): “La econometría es la rama más operativa de la Ciencia económica, trata de representar numéricamente las relaciones económicas mediante una adecuada combinación de la Teoría económica matemática y la Estadística. De forma que las matemáticas, como lenguaje y forma de expresión simbólica e instrumento eficaz en el proceso deductivo, representan el medio unificador; y teoría económica, economía matemática o estadística económica serían consideraciones parciales de su contenido”.

Klein (1962): “El principal objetivo de la econometría es dar contenido empírico al razonamiento *a priori* de la economía”.

Malinvaud (1966): “...aplicación de las matemáticas y método estadístico al estudio de fenómenos económicos”.

Christ (1966): “Producción de declaraciones de economía cuantitativa que explican el comportamiento de variables ya observadas, o predicen la conducta de variables aún no observadas”.

Intriligator (1978): “Rama de la economía que se ocupa de la estimación empírica de relaciones económicas”.

Chow (1983): “Arte y ciencia de usar métodos para la medida de relaciones económicas”.

Pero la definición de econometría es tan amplia que todas son aceptables (confr. Enciclopedia Wikipedia), con un denominador común: que no les importa para nada el Derecho ni el valor de la justicia o, como dice el lenguaje común, ni un “bledo” (hacer desprecio).

Llama la atención que junto con la mención de la “econometría” aparezca en los autores del AED la utilización de la teoría de los juegos, surgida a partir de la década de 1940 por impulso de un matemático (J. von Neumann) y de un economista (Morgenstein), apelando a la utilidad de insertar en el análisis a los “juegos de estrategia”. Los científicos del derecho público llamaron la atención sobre la diferencia que ofrecen juegos tan dispares como el ajedrez o el *bridge* y los naipes o las loterías. Por ello, Linares Quintana entre otros, advirtieron del distinto terreno en que juegan” (por así decirlo) la política y el Derecho, por lo que resaltan la distancia que media entre el Derecho, la Economía y la Sociología Política. El “Decano” de nuestros constitucionalistas cita en su obra “La Nueva Ciencia Política y Constitucional” (Abeledo-Perrot, 1968, publicación de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires), la autorizada opinión de Jean Meynaud, que con bastante apreciación en tiempo oportuno había previsto y prevenido, precavidamente, que: “A pesar de que la teoría de los

juegos goza hoy de prestigio entre los especialistas, es asimismo objeto de serias observaciones. Si bien resulta atrayente la asimilación que hace de los juegos estratégicos y de formas determinadas de la actividad social, existen diferencias importantes. Las reglas de los juegos están formuladas para dar posibilidades iniciales iguales a cada participante, lo que casi nunca sucede en las relaciones sociales, en las que es regla la desigualdad derivada de motivos asaz diferentes. Las reglas del juego estratégico son innumerables, debiendo los jugadores someterse a ellas; en tanto que en la vida social y en particular en la política, las reglas son con frecuencia materia de controversia y lucha, verbigracia, la legislación electoral. El juego, en fin, es, como bien se ha dicho, un mundo aparte, cerrado en sí mismo y aislado en el tiempo y en el espacio, mientras los procesos sociales son continuos e indefinidos. Por otra parte, surgen dudas en cuanto al alcance del empleo de dicha teoría del ámbito de las matemáticas puras. En realidad no es lo común que los participantes dispongan, como debiera ser, de una información que agote los datos útiles, ni que el adversario actúe con conocimiento de causa aguardando un resultado preciso. No es posible descartar el error, el capricho o la tontería” (“Introducción a la Ciencia Política”, págs. 198 y 199).

En síntesis, todo remite a lo mismo: la “teoría de los juegos” (como la preconada “econometría”), son practicables –aunque no infalibles– cuando se conjugan con la ciencia matemática; pero en coincidencia con Linares Quintana y con Maurice Duverger (“Introducción al Estudio de las Estrategias Políticas”, 1959) somos conscientes de una delicada limitación: que la “teoría de los juegos” resulta impracticable para quien no posea profundos conocimientos matemáticos (conf., ob. cit., pág. 176). Es este autor francés el que sostuvo en su enfoque sociologista que así como toda ciencia debe establecer leyes para prever, también “la meta de la ciencia política es prever”, aunque admite que quizás se llegue a una “previsión indirecta”.

¿Se puede entonces atribuir al Derecho una incapacidad para rever metas y al mismo tiempo coronar al análisis económico como el único reaseguro para evitar esa incertidumbre? Creemos que la auto-afirmación de una supuesta primacía de certezas en la anticipación de la “consecuencialidad” es –aun con buenas intenciones– lo que equivale a un alarde: en este caso, sería a las ciencias sociales el equivalente de lo que la botánica descubre en el “cotiledón”, o sea, la “maravilla” de la primera hoja en el embrión de la planta. En otras palabras, en términos de comparación con las ciencias naturales (y perdónese me la osadía) sería algo así como el “primero” del “fanerógamo”, que asoma en aquella planta que en la flor se efectúa la fecundación y, como consecuencia, se desarrollan las semillas que contienen los embriones de las nuevas plantas (DRAE).

Pero seamos modestos y no pretendamos convertir esta verificación fáctica en la jerarquía de un “teorema”, o sea, en una proposición que afirma una verdad demostrable.

- XI -

Exageraciones y espejismos

Hay un viejo dicho campero, previniendo con picardía que ciertas situaciones o determinados temas no se deben “menear” en demasía, más allá de ciertos límites. La experiencia demuestra que el aviso es cierto.

Con un lenguaje mucho más sutil, el dramaturgo Eugene Ionesco enunciaba así la misma advertencia gauchesca: “Tomen un círculo, acarícielo, y se hará un círculo vicioso”. Y, en efecto, con el manoseo de los temas y de las cuestiones susceptibles de controversia o pasibles de ser visualizadas desde ángulos muy

dispares, acontece el previsible resultado del pasaje de los maniáticos: del “círculo virtuoso” se pasa al “círculo vicioso”. Me temo que una devaluación así se pueda consumir, a la vez que consumir, al fulgurante despliegue del AED, entendido como recomendable hasta no llegar a una aplicación abusiva que, al no reparar en las asimetrías que caracterizan a los Estados y sociedades componentes del orbe, lleven a la frustración resultante de comprobar que si todo es AED, pues entonces nada es AED... (tal como desgraciadamente ha pasado con otras construcciones doctrinarias).

Por ello, no debe verse ni un retaceo de la significación de esa herramienta complementaria del análisis jurídico, ni tampoco la panacea universal. Hay que emplear en su aplicación concreta, la envidiable virtud o prudencia que se atribuía –allá por el siglo XIV– a la “navaja de Occam” que, según la creencia *vox populi*, rasuraba todo lo superfluo para facilitar el acceso o llegada al meollo de la cuestión, según preconizaba el escolástico (y franciscano inglés) Guillermo de Occam.

¿Y “el árbol de Porfirio”? Pues viene a cuento, ya que el autor de la obra (“*Arbor porphyriana*”) Porfirio, un neoplatónico fallecido en Roma en el año 304 (d.C.) preanunciaba las clasificaciones taxonómicas, partiendo de lo general a lo particular o más simple. Si la acción de clasificar es consustancial al Derecho, la observación de los fenómenos económicos no puede serle ajeno; pero tanto puede erigírsela con la potencia de un monismo causal o de un determinismo fatalista (o un “unicato”).

Los párrafos siguientes pueden ser tomados como un “epítome”, o sea, el resumen o compendio de una reflexión extensa, que conduce después de muchas palabras, a repetir o remarcar las primeras con el afán de alcanzar una mayor claridad. Veamos el intento. El denominado “análisis económico del Derecho” constituye –en última instancia– una doctrina política, con asiento en fuertes compromisos con un modelo de relaciones entre el individuo, el Estado y la Sociedad que encuentra fundamentos en las

vertientes de la filosofía política del “dejar hacer, dejar pasar”. Si bien el abstencionismo de los roles del sector público es manifiesto en la exposición de tal “análisis”, no llega a tanto como para no reclamar la reversión de la dejación estatal cuando están en el “climax” –es decir, en el punto más alto en la gradación– de correr peligro el mantenimiento incólume de las reglas del juego del axioma según el cual “el mejor estado es el menor estado”.

Parece difícil imaginar que el “enfoque” del análisis económico del Derecho (*Law and Economic*) pueda erigirse en una “teoría general del Derecho y del Estado”, en sustitución de las ya conocidas y que encuentran su base no en un mero plexo jurídico de andamiaje de una realidad concreta y circunscripta sino en una amplia y generalizada cosmovisión que marca la impronta de una era de la Historia: la del Estado de Derecho, constitucional y democrático. También parece poco convincente que la explicación de dos orientaciones separadas –la “ortodoxa” y la “reformista”– en el ámbito del análisis económico del Derecho, pueda cobijar a ambas en un mismo espacio doctrinario, ya que entre una y otra tan sólo comparten como un común denominador, el enfoque “economicista” de la visión de los fenómenos sociales.

Asimismo, la ventana o apertura hacia la “consecuencialidad” (o “consecuencialismo”) como dato primordial de los resultados que persigue el análisis económico, es desde la misma manera un elemento no descartable ni olvidable en otros tipos de análisis, como el análisis político, sociológico, psicológico, moral, cultural, etc., de las más variadas manifestaciones de la vida comunitaria, en el plano nacional y universal.

No creemos que responda a tan sólo la casualidad el hecho de que la onda expansiva del enfoque doctrinario del análisis económico del Derecho sea más intensa en algunos países anglosajones regidos por la atmósfera jurídica del “*common law*”, en contraste con un eco de menores decibeles que se perciben los

sistemas de derecho continental europeo, teniendo presente que el mensaje y el metamensaje del “economismo” (nombre de la doctrina que concede a los factores económicos primacía sobre los de otra índole - DRAE), están perfectamente dirigidos a las posiciones que tomen los legisladores y los jueces en sus respectivas decisiones.

El Análisis Económico del Derecho (AED) no puede ser ignorado ni es sensato prescindir de su aplicación como enfoque orientador. Tampoco es admisible eyectarlo como paracaídas salvador o endiosarlo como la voz tronante de un Olimpo en tiempo de verbo perfecto o imperfecto o pluscuamperfecto (“olimpio” también sirve para expresar ensimismamiento o apartamiento de la realidad...).

El entusiasmo que se ponga en la utilización de esta valiosa linterna ayudará a encontrar o corregir el camino teleológicamente fijado; pero no sería correcto trasponer esos objetos válidos dentro de un aparataje metodológico plural y variado, si se propusiera el extremismo de la anulación del sistema normativo o su reducción a simple escudero de pretensiones económicas sectoriales con la consiguiente sepultura de las metas del interés general: una desviación así importaría la malversación normativa, o sería algo colindante con la propuesta “abolicionista” que idealiza la implantación de un eventual derecho penal sin penas (con la ilusión de otros medios “correctivos”). Si así fuera, el elenco de los “fans” del AED dejaría el ropaje de una “escuela”, para convertirse en una secta, al tirar por la borda la visión amplificada e interrelacionada de todos los agentes actuantes y quedarse en el estrecho y obtuso confín de un cálculo de beneficios, que pueden quizás concretarse o acaso frustrarse. La unidimensionalidad es como apostar a todo o nada, olvidando que el Derecho está vigilado y orientado por la Justicia. Prefiero la imprecisión de las definiciones antes que la ausencia o remoción de los valores.

Mientras tanto, bienvenida sea la cercanía entre el Derecho y la Economía para el mayor perfeccionamiento de su conocimiento y aplicación respectivas, sin perder de vista los diferentes roles a cumplir, ni imponiendo sujeciones o simplezas reduccionistas que tornen inoficiosas funciones que, por no ser objetos fungibles, no pueden reemplazarse entre sí. A lo largo de la Historia el Derecho ha soportado el peso de muchos condicionamientos, pero jamás podrá resignar el impulso hacia su autorrealización, tal como lo remarcará Von Ihering en términos adoptados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La función del Derecho es la de realizarse, puesto que lo que no es realizable nunca podrá ser Derecho” (Fallos 300:1282, “Pérez de Smith”).

Antes de concluir esta perorata, deseo resumir cuál es mi opinión personal. Con ello concluirá mi “monserga”. Y de las dos acepciones que el Diccionario de la RAE reconoce a esa expresión, prefiero que se me incluya en la segunda: “exposición, fastidiosa o pesada”, pues la primera me resulta muy adversa, cuando apunta a un “leguaje confuso y embrollado” (sic). Espero que las palabras finales no queden arrojadas en el recipiente de esa descalificación.

Sucede que el apasionante tema –complejo y polémico– del AED nos obliga a poner el acento en la “comprensión” de sus alcances y de los objetivos, sean éstos expresos o que se sitúen en planos subyacentes. Para desapasionar los debates y acotar lo contencioso, es bueno guiarse por el consejo de Baruz Spinoza: “*Nec ridere, nec ligere, neque detestari, sed intelligere*” (ni reír, ni llorar, ni maldecir, sino comprender). De eso se trata, en definitiva, cuando es dificultosa y árida la búsqueda de la verdad o el camino para su encuentro.

Acaso esas mismas u otras y más duras dificultades hayan inspirado a Pico de la Mirándola y a Marcilio Ficino a pergeniar como divisa de la Academia del Renacimiento: “*De omni re scibili, in quibusdam allí*”: de todas las cosas que pueden saberse y de algunas otras.

- XII -

*El resumen de nuestra opinión. “Hipérbole” o “Autaxia”***El resumen de nuestra opinión**

Sin ánimo ni empeño peyorativo alguno, suena como un legítimo deseo la enunciación de pareceres que brotan de la meditación alrededor de los puntos más polémicos del AED, a saber:

- 1) Estamos en presencia de un instrumento o herramienta del que se predica su ventaja en una aplicación intensiva al ámbito del Derecho. No es un “método” propiamente dicho, en el sentido estricto de la lógica, sino más bien un enfoque o aproximación cuya utilidad trasciende los objetivos del conocimiento para accionar con la finalidad de alcanzar resultados “eficientistas” en la creación o en la aplicación de las normas jurídicas.
- 2) Aparece como la prolongación de ciertas escuelas y doctrinas oriundas del pensamiento económico que tuvieron escenarios de considerable auspicio en las Universidades de Yale y de Chicago, entre otras, a partir de las décadas del sesenta y del setenta, en los Estados Unidos, con menor entusiasmo en los ámbitos universitarios europeos. La onda expansiva alcanzó el brillo y la fuerza imitadora de una moda que, como tal, puede tener resultados tan variados como un tono pasajero o la sorpresa de un “*revival*”, en iguales o diferentes regiones, sin perjuicio de las asimetrías que provoquen en el resultado de su aplicación.
- 3) El mayor énfasis en sus expositores se detecta en la constante exaltación de la eficiencia (y no la eficacia) como un fin en sí mismo y, entre los fines, su estimación como

prioritario. La primacía “eficientista” es más drástica en el terreno patrimonial, aunque tiende a extender su fuerza a las cuestiones extra-patrimoniales que puedan incidir (o decidir) otras facetas de la actividad mercadista o de la relación costo-beneficio, hasta confluir en las esferas del derecho penal o del derecho constitucional y de las instituciones políticas.

- 4) Un esquema así, en sus expresiones intelectuales y sin entrar a pormenorizar las derivaciones materiales, adolece de la incursión en un “unicato” causal, ya que las respuestas finales a cualquier tipo de interrogación irrumpen en la primacía (¿excluyente?) del móvil económico como monismo impulsor de la actividad humana, individual o social. En algunas versiones ortodoxas del AED se percibe el aliento del egoísmo como aliciente privativo de la acción creativa y el mejor antídoto para auyentar cualquier tentación dirigida hacia el altruismo.
- 5) La utilidad de este enfoque o aproximación, si se lo aplica con precisiones técnicas consistentes, radica en acostumar o disciplinar a los analistas en la conveniencia objetiva de hacer uso (sin abuso) en el aparataje mental disponible de una pieza apta para abrir a la inteligencia la percepción de las posibles consecuencias o resultados de las normas y actos jurídicos, en una perspectiva “consecuencialista” que sea eventualmente apta para evitar ciertos efectos o para insembrar otros de signo positivo.
- 6) Sería un grave equívoco reemplazar o subestimar las mediciones ontológicas y las escalas axiológicas por el análisis puramente económico. Estaríamos ante una falsa opción. Hoy por hoy, el AED no aparece como una receta ni infalible, ni quieta, ni pacífica. Más bien que se presenta como un camino atravesado hacia un lado, muy comprometido con un sector o casillero de opinión. Su

“sesgo”(C. A. Ghersi) parece ostensiblemente inclinado a favorecer “el curso o rumbo que toma un negocio”, o sea, que está preparado o predispuesto para imprimir a ciertos negocios la dirección de la “oblicuidad”, o al menos, estampar la imagen de un “torcimiento” (“con inclinación”, según el DRAE).

- 7) Nos parece necesario remontar este resumen de opinión, recordando que la “ontología” jurídica –como parte y aplicación de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales– va más allá de los mecanismos del mercado y su vuelo y horizonte traspasa los límites de la relación costo-beneficio.

Si se nos permite y tolera el uso de términos recogidos por el idioma para “referenciar” situaciones análogas por su gravitación social, podríamos aventurar una cierta simetría entre la sensibilidad que provoca el AED y los fenómenos de “sinestesia” y de “sinergia”. En efecto: la primera –o sea la **sinestesia**– es una sensación secundaria o asociada que se produce a consecuencia de un estímulo aplicado en otra parte (DRAE), que es lo que acontece con la aproximación de la Economía y el Derecho. En los casos de **sinestesia** aparecen imágenes o sensaciones subjetivas propias de un sentido y determinadas por otra u otras sensaciones que afectan a un sentido diferente. Según el DRAE, se trata de un “tropo” que consiste en unir dos imágenes o sensaciones procedentes de diferentes dominios: tal sería el caso de la Economía con el Derecho o del Derecho con el análisis económico. Claro está que hay que tener mucho cuidado con la manipulación del **tropo**, toda vez que al practicarlo acontece que las palabras o términos se emplean en sentido distinto del que propiamente les corresponde, aunque guarden con éste alguna conexión, correspondencia o semejanza (DRAE).

La faz positiva del uso del AED puede resultar de su efecto sinérgico, cuidadosamente modulado; puesto que la **sinergia**

consiste en el concurso activo y concentrado de varios elementos (u órganos) para realizar una función, y ésto –aplicado al Derecho en relación con la Economía– desembocaría, en tanto y en cuanto sea la acción de dos causas razonables, en un efecto o consecuencia de probable grado superior que la suma de los posibles efectos individuales si se los computa o considera separados entre sí.

Lo que ignoro es si el resultado brotará del arte de la armonía o de la sabiduría de la ciencia.

Sin entrar en esa disquisición, la pregunta final (*the last but not least*) que me formulo, es alrededor de la ubicación en el tiempo y en el espacio que se observa en la presentación y en la etapa de expansión del AED. Más concretamente, las concomitancias que aparecen en el escenario y que me llaman poderosamente la atención. Y me refiero a lo siguiente: las transfusiones (de ideas) consumadas por la escuela (económica) de Chicago a partir de Milton Friedman y otros, con extensión al ámbito de las escuelas (jurídicas) de Chicago, Yale y otras Universidades, hacen eclosión en las décadas del sesenta y del setenta del siglo XX, llegando a su apogeo en un tiempo histórico en que un mundo muy dividido se debatía en el clima proceloso de la llamada “Guerra Fría”. Las polarizaciones siempre llevan al endurecimiento forzado o forzoso de las tesis que se blandean por parte de los opuestos antagonistas en la confrontación de las ideas. En momentos distintos y distantes entre sí hicieron pie y causaron suceso tesis algo aventuradas, tales como la del “fin de las ideologías” (Bell) y, después de la implosión soviética, la no menos arriesgada del “fin de la historia” (Fukuyama); ambas desmentidas en los hechos hasta el presente. ¿No habremos asistido, también, a un “ferolítico” (es decir: delicado, fino, afectado o rebuscado) intento de vaciamiento de los elementos axiológicos del Derecho? No creo que haya sido esa la intención inicial, pero subsiste la sospecha de que algunos voceros del economicismo se prestaran a impulsar un criterio de sumisión del ordenamiento jurídico sin percatarse de que el

Derecho y el sistema legal conforman un medio para acercarnos al vigoramiento del valor JUSTICIA. A veces, las mismas palabras pueden prestarse a significaciones contrapuestas: el término “caramillo” puede servir tanto para evocar las delicias emanadas del instrumento musical del flautista de Hamelin –que producía un sonido muy agudo– cuanto para servir de sinónimo de algo tan negativo como “chisme”, “enredo”, “embuste” o, lisa y llanamente, un “montón mal hecho” (RAE).

La devaluación o el empleo desvirtuado del Derecho han sido justificados por variados regímenes, so pretexto de explicar lo injustificable. Un ejemplo de esa técnica del manipuleo la ofrecieron los Estados organizados bajo la ideología marxista-leninista-staliniana, que a semejanza de otros extremos que negaban la distinción y demarcación entre el Estado y la Sociedad, llegó al punto de que ningún marxista llegara a profesar fe o confianza en las formas constitucionales, cualquiera que sean éstas, desde el momento que la libertad del hombre nunca queda asegurada por la instancia constitucional misma (el llamado “garantismo constitucional”), sino que depende del nivel de las relaciones sociales de poder, o sea, de lo que se entiende como relación entre la “infraestructura” y la “superestructura” de la comunidad. En nuestra obra “Teoría Constitucional”, Ed. Depalma, 2º ed., Bs. As., 2000, pág. 69, remitíamos a la Introducción de Juan Ramón Capella a la obra titulada “Marx: el derecho y el estado, Ed. Oikos-tau, Barcelona, 1969, pág. 13. En dicha obra se recuerda la afirmación de Marx en “La miseria de la Filosofía” (1847) en el sentido de que las condiciones políticas son únicamente la expresión oficial de la sociedad civil y que “los soberanos de todos los tiempos han estado sometidos a las condiciones económicas, y nunca han podido legislar sobre ellas. La legislación, ya sea política o civil, no hace más que proclamar, y expresar en palabras la voluntad de las relaciones económicas” (pág. 57).

Donde mejor se puede captar el sentido marxista-leninista de los datos jurídicos e institucionales que acompañan a todo proceso, es en las nociones de “infraestructura” y “superestructura”, en las cuales se encuentra el terreno preciso del fenómeno constituyente y de sus relaciones con las formas constitucionales. Y esto es, precisamente, lo que nos preocupa en el presente trabajo.

Para el marxismo, en el nivel de la infraestructura –a la que también se denomina “base”– se encuentran las relaciones de producción y su consecuencia, que son las relaciones de clase: la infraestructura es la estructura económica de la sociedad. Por otro lado, en la superestructura se observan situadas las instituciones y las ideologías, o sea, tanto el Estado y el derecho (nivel jurídico-político) como las “formas de la conciencia social” (nivel ideológico) que corresponden a una infraestructura determinada (confr., Vanossi, ob. cit., págs. 85 y 86).

En el estudio de la tipología de conceptos sobre el poder constituyente, con que se inicia nuestra obra arriba citada, abordamos entre otros el que denominamos “concepto materialista”, que fuera cultivado con fervor y a fuerza de apalancamiento por quienes la militancia y el activismo los conducía a levantar (con ayuda de muchas palancas...) un bagaje teórico que condujo, en última instancia a guardar o esconder la polifacética composición humana y social con tal de conseguir algo (el poder) aunque fuera “con astucia o por medios ilícitos”, acomodándose en un sitio (el partido único) “sin querer moverse de él” (RAE). Lo dicho vale para todos los totalitarismos.

Podemos reiterar una vez más que el marxismo pone todo su énfasis en destacar la importancia de la “infraestructura” y en relativizar la gravitación de la “superestructura”, la cual, en todo caso, es siempre dependiente de la primera. Los autores citan con frecuencia diversos textos confirmatorios de esa prevaencia; así, la carta de Engels a Starkenburg (1894), que dice: “El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico,

etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y...sobre la base de la necesidad económica, que se impone siempre, en última instancia” (ob. cit., Vanossi, pág. 86).

El transcurso del tiempo y la experiencia acumulada con él, ayudan a interpretar el revisionismo intentado por Antonio Gramsci, para quien la “superestructura” no resulta tan insignificante como en la versión clásica, desde el momento que en ella están los intelectuales, a quienes corresponde una función de vinculación entre los dos elementos de la relación (infraestructura y superestructura). Mientras que para el marxismo clásico son únicamente importantes las relaciones económicas, para Gramsci tiene particular relevancia el ámbito ideológico superestructural, al que precisa como la “sociedad civil” y distingue de la “sociedad política” o Estado en sentido estricto.

En la construcción de Gramsci hay un empeño igualmente dirigido a evitar el desvío hacia un puro “economicismo”, que desconsidera a la superestructura (concepción mecánica), o a evitar el desvío hacia un puro “ideologismo”, que se limita al momento ético-político de la superestructura a través de una historia de las ideas. (ob. cit., Vanossi, págs. 89 y 90).

Las correcciones de Gramsci –enmendándole la plana a Marx y Lenin– a nuestra vista no alcanzan para salvar al Derecho de su minimización a los niveles de un simple ropaje legal-formal y aparentemente desconectado del marco de los valores. Por ende, subsiste la inquietud en tanto el aporte gramsciano cumpla un rol de ornato (adorno, atavío, aparato), pues al Derecho le correspondería algo semejante a la función del “interiorismo”, o sea, del arte de decorar los espacios interiores y, de ser así, los legistas y juristas deberían ser clasificados entre los categorizados como decoradores o “interioristas”, del mismo modo que a los abogados en ejercicio les caería la descalificación del “malditismo” según los intereses que defiendan o patrocinen. Y por un paralelismo de

razones, las Facultades y Escuelas de Derecho entrarían en el espacio reservado a los “chirimbolos” que, según el Diccionario de la RAE, la expresión se asigna a los “objetos de forma extraña que no se sabe cómo nombrar”.

En nuestra opinión, el Derecho y la Justicia, solamente pueden desollar en el seno de sociedades regidas por un sistema político armado a partir de la democracia constitucional de base pluralista y con incondicionada aceptación de la Libertad como un “*prius*” y elemento “*a priori*” de todo el ordenamiento jurídico edificado sobre el respeto a “la eminente dignidad de la persona humana” (palabras que con acierto pertenecen a la autoría de Pico de la Mirandola y que felizmente recoge el Art. 1º de la Constitución alemana, Ley Fundamental de Bonn, 1949, que en su inciso primero, proclamaba la intangibilidad de la dignidad del hombre). El pluralismo sólo es respetado y respetable en los sistemas demoliberales y sociales, que van desde las grandes revoluciones generadoras de la era constitucional (Inglaterra, EE.UU. de Norteamérica y Francia) hasta las más recientes, cuyas Constituciones (Alemania, Italia, España, Portugal, etc.) adoptan las notas conceptuales del Estado social de Derecho, transitando por los carriles también incorporados y practicados por las democracias nórdicas y algunos países asiáticos.

De lo que se desprende en consecuencia, que son un ejemplo de contradicción en sí misma o contradicción en los términos (*contradictio in adjecto*) las imposturas (fingimiento o engaño con apariencia de verdad - RAE) que ofrecen los intentos de introducir alternativas de “comunismo democrático”, “fascismo democrático”, “nazismo democrático”, “fundamentalismo”, “corporativismo democrático” u otras variantes terminológicas, a veces acompañadas del prefijo “*neo*” (también rechazamos la expresión “neoliberal”, por cuanto es o no es, y se es o no se es tal). Los reciclajes pretendidos por los viejos o nuevos totalitarismos no deberían engañar a nadie. Son nada más que “fantasmas”, tanto en

la primera acepción del vocablo (“quien presume de algo, exagerando o mintiendo”) cuanto en la otra acepción (“disfrazado que sale de noche para asustar a la gente”). Hay que precaverse de esos sustos: suelen ser peligrosos, muy peligrosos.

En opinión personal, creo que aquellas engañifas utilitarias deben ser desechadas *in limine*, por la misma sociedad antes que por el legislador, arrojándolas mediante el sufragio y la voz de la opinión pública al *coluvie*, es decir, a las cloacas, alcantarillas o albañal (RAE) donde terminan los insectos (himenópteros y harpagones) después de una fumigación. Corresponde advertir a tiempo que en las presentaciones en pasarelas donde se presentan estos nuevos modelos de “*look*” político-institucional, el ardid incluye la actuación de hábiles sobones, muy aficionados y entrenados para “sobar”, agentes traccionados que con frecuencia se tornan “fastidiosos por la excesiva familiaridad y halagos” (RAE). Pero una vez corrido el velo o quitados el disfraz, aparece la real fachada, y la consiguiente sorpresa consiste en encontrarse, no ante una beldad, sino un “facóquero”, que es la denominación de un mamífero con cabeza grande, cuerpo un forma de barril y verrugas en la cara (RAE); que despierta en la sociedad la misma sensación reflejada por un poeta que exclamaba: “¡horror, espanto, desesperación y llanto!”.

Para terminar: todos los extremismos son manifestaciones de “fundamentalismo”, de fanatismo y de hiper-dogmatismo. Rinden culto al miedo y se valen de distintas formas de violencia para imponer sus reglas, no aceptando ni el disenso ni la competencia. Muchas veces, rinden culto a la muerte, ya sea por asesinatos individuales o masivos, o bien sea por parodias de “procesos” en los que se conoce la pena antes de la sustanciación de la farsa del seudo-juicio.

¿Ante qué caso estamos? ¿Por qué tanta propensión en el ejercicio deportivo de la “hipérbole”? Mi respuesta: No es propio del criterio científico hacer exageraciones, ni en más ni por

menos. La utilidad y el mérito de un enfoque no deben ser distorsionados a través de un lenguaje hiperbólico, que aumente o disminuya excesivamente la verdad de aquello de que se habla. Ni ensalzar ni desmerecer. Hete aquí el punto en cuestión.

Los sistemas fundados en la Libertad, no sólo garantizan el ejercicio de los derechos, sino que cantan loas a la vida, al derecho a vivir y se pronuncian en contra de los tormentos (Art. 18 de la Constitución Nacional). La opción es clara: hay que saber elegir entre la libertad o la opresión, entre la vida o la muerte, entre poder elegir y no poder elegir (sic). Con otras palabras, todo conduce a tener en cuenta de que las dudas deben superarse o resolverse en favor de la libertad (caso Sojo, fallos 32:125), y, más fuerte aún, podemos compartir el *dictum* de la Suprema Corte de U.S.A., cuando exhortó a la sociedad toda a posicionarse con fortaleza pues no se puede “tener miedo de ser libres” (caso Anastaplo, 366 US 82, año 1961). Si de tal “miedo” se trata, acaso nos ayude a superarlo si en la introspección –como observación interior de los propios actos o estados de ánimo o de conciencia (RAE)– coincidimos con la apreciación de algunos pensadores, en el sentido de que tal miedo o temor no es debido a la libertad –toda vez que ésta no puede ser causa de ello– sino que responde al miedo que el ejercicio de la libertad supone o engendra (Sánchez Viamonte y otros).

Reflexión final

Queda un interrogante en pie: ¿Cuál es el mejor camino a seguir para lograr no sólo la armonía sino también la más fecunda producción de resultados en el campo de las relaciones entre dos disciplinas de la Ciencia Política?

Lo que tendría gran ventaja sería lograr un principio de “*eutaxia*” entre el Derecho, la Economía y los aportes de las

demás ciencias sociales. ¿Y qué es la **eutaxia**? Si bien etimológicamente quiere decir “el buen orden”, y aunque Aristóteles la invocó como una ampliación o extensión (inclusión) que facilitara la superación de las limitaciones propias de todo sistema oligárquico (“La Política”, VI), la *eutaxia* significa una metodología de mucho mayor alcance como camino o vía de solución para las contradicciones político-sociales.

Es la convocatoria al consenso en torno a cuestiones primordiales. Algo así, como la búsqueda de la superación de las divergencias sectoriales con miras a aunar criterios que abran paso a políticas “arquitectónicas” o, como se dice en la actualidad, hacia “políticas de Estado”. Por vía de la **eutaxia** la sociedad obtiene que por encima de la diversidad de sus capas componentes, el poder quede en condiciones de orientarse “objetivamente” en dirección al logro del interés general, equivalente a lo que también se conocen como tópicos o ingredientes del llamado “bien común”. De la subsistencia o perdurabilidad de tales convergencias dependerá en gran medida la unidad global necesaria para la preservación del núcleo o meollo que garantice en el seno de la sociedad política el mínimo umbral o base de armonía entre los detentadores del poder (gobernantes) y los destinatarios (gobernados) de aquél.

Sin entrar en el debate sobre la posibilidad de alcanzar un poder supuestamente “neutral” y situado por encima del “todo”, parece evidente que el camino de la **eutaxia** es la vía más indicada para prevenir o contrarrestar las vicisitudes y las patologías de la dinámica política.

- XIII -***Lo positivo y lo negativo***

A) En cuanto a lo primero, el auxilio que brinda el AED es tan valioso –si se lo adopta con las precauciones del caso– que se convierte en un instrumento imprescindible de perspectiva y de prospección. En otros tiempos, muchas veces el Derecho acudía a la visión del presente y descuidaba la ponderación de sus consecuencias mediatas o de más extendida ulterioridad. Hoy en día, con la aceleración de los ciclos y la premura de tener que afrontar los imponderables, el pensamiento científico se ve emplazado a un más cuidadoso esfuerzo analítico y sistemático que incluya en su catálogo de exigencias el enunciado de probables o casi seguras respuestas a los desafíos de una dinámica de transformaciones que –nos guste o no nos plazca– opera en los hechos con pocos frenos y con muchos aceleradores y estimulantes. Y en todo esto, la Economía tiene mucho de ver; dato éste que ya es obvio para todos.

En consecuencia:

Estimo que hay un “derecho de prospección”, o sea, de exploración de lo subyacente, con el fin de descubrir algo significativo, como así también entendiéndolo como una potestad orientada a discernir posibilidades futuras basándose en indicios presentes.

La “prospección” conduce a las técnicas de “prospectivas”, siempre referidas al futuro, y que operan a través de análisis y estudios realizados con ese fin en el ámbito de una determinada materia.

Hoy no es admisible ni comprensible la “compartimentalización” del análisis y es cada vez más practicada la asociación cooperativa o auxiliadora de todas las ciencias sociales.

B) En cuanto a lo segundo, sería pernicioso y llevaría a resultados írritos, que el afán o entusiasmo por el seguimiento de una prédica supuestamente basada en la inexorabilidad de las “leyes económicas” nos arrojara al vacío de la prescindencia ético-moral que debe estar presente en todas las ecuaciones del comportamiento humano. Por más precisas y científicas que parezcan o aparezcan las “calculabilidades” materias, crematísticas o eficientistas, nunca podrán desplazar en sus mediciones las dos negatividades que dramatizan –cuando no redundan en mayor tragedia– la impresión depresiva y negativa que encuentra su origen en dos tentaciones a las que no resisten los ensayos que parten de creencias en la superioridad infinita del nuevo “progreso indefinido” de la exactitud científica: me refiero a la propensión a caer en el “relativismo”, generalizado y complaciente –por un lado–, y al acentuado “amoralismo” que intenta desconectar las conductas de la brújula espiritual que suministran los valores. No caben concebir ni Economía ni Derecho (ni ciencia alguna) que puedan propender al desarrollo de la persona humana basándose únicamente en el “*homo economicus*”, en el insolidario utilitarismo, o en el simplista cálculo del costo-beneficio.

En síntesis:

Yo no creo que exista una “moral económica” que pueda considerarse independiente de la ética global. Es un artilugio de algunos economicistas, más bien econométricos (sic), que llegan al alarde de creer en una moral “especial” para regir o ponderar todo lo atinente a intereses crematísticos. Me permito coincidir, en cambio, con Klaus Volk quien descreo de “los intentos del derecho penal económico de crear una moral económica que aún no existe” y estima –con acierto– que “hay veces en que aquella disciplina jurídica, en su afán de ser exacta y abarcadora se vuelve tan complicada que se frena a sí misma” (Confr., Conferencia pronunciada el 17/III/2008 en la Facultad de Derecho de la UBA).

- XIV -

¿Epíteto para caracterizar o epítome para compendiar?

Es innegable que a partir de los cimbronazos originados en la crisis del segundo semestre del año 2008 en los USA, no sólo acontecieron sacudones en la “City” de Wall Street, sino que las proyecciones y los reflejos de esa conmoción han repercutido en las secuencias de casi todo el orbe. La frase tan manida de “que un estornudo en *Down town* de la capital económica del capitalismo provoca pulmonías hasta en los más recónditos sitios del mundo”, se ve confirmada por el hecho de que en todos los hemisferios y desde el oeste hacia el este (y viceversa) se perciben las resonancias del impacto. Muy pocos “gurúes” se atrevieron al anuncio (o la conjetura) de tamaño terremoto (sic); y menos aún se pensó por “el vulgo” que llegarán a repetirse las “espektoraciones” que a raíz de las crisis de 1929 (financiera) y de 1930 (económica) llegaron a suscitar efectos cuya prolongación se extendió hasta la segunda guerra mundial (circa).

Como resulta obvio, la magnitud del problema y la complejidad de su evolución ulterior –sin contar la dificultad de predecir su desenlace– convierten en anécdota nimia la superficialidad de sostener la “ajenidad” del *crash* o la negación de sus efectos “globalizados”, o –peor aún– la burlesca jactancia de quedar exentos del denominado “efecto *jazz*”. Estos hechos contundentes hacen necesaria la formulación de algunas reflexiones adicionales:

- 1) Del mismo modo que no hay seguridad jurídica sin un Estado de Derecho, tampoco se puede concebir el Estado de Derecho prescindiendo de las garantías que conforman la seguridad jurídica. Por derivación de esas premisas, no cabe la admisión de la libertad sin el acompañamiento del “mercado” e, inversamente, no es entendible el funcionamiento mercadista sin el marco de la libre actividad.

- 2) Al mercado lo impulsan fuerzas y se desenvuelve en un marco legal. No actúa de *legibus solutus*, pues el ordenamiento jurídico es el que traza “las reglas del juego”. La actividad y el movimiento marcatorios no se autorregulan al punto de podérselos considerar esferas “soberanas” y, en muchos casos, requieren de una nueva dosis de regulación normativa por resultar insuficiente o insatisfactorio el intento de su auto-corrección.
- 3) El Estado tiene sus límites regulatorios (Art. 28 C.N.), pero su vigor presencial encuentra justificación cuando las normas se dictan con miras a asegurar dos piezas fundamentales: la competencia y la transparencia.
- 4) El cuadro normativo comprende un mínimo de dispositivos legales orientados a que se preserve el valor de la moneda (Art. 75, inc. 19 C.N.) y se provea a la productividad económica (ídem), todo ello con basamento en el objetivo del “progreso económico” y con inspiración y orientación en el valor de la “justicia social” (ídem).
- 5) Así como el Derecho no puede divorciarse de los valores, pues siempre media y gravita una escala axiológica, del mismo modo la Economía –además de los condicionantes valorativos– mantiene fuertes relaciones determinadas en las sendas adoptadas en cada etapa de sus ciclos por las políticas monetarias y por la política fiscal.
- 6) Por más cálculo econométrico que se formule, el factor confianza (confiabilidad más credibilidad) resulta fuertemente determinante, siempre que no se dude de la fortaleza que brinda sustento a los datos de la medición de la “seguridad jurídica” reinante en un espacio determinado (regla de la calculabilidad o predictibilidad). Y esto demuestra que el sistema legal vigente vale y pesa por su estabilidad, su certidumbre y su accesibilidad: ni el

comercio, ni la industria, ni la economía pueden prescindir del “*rule of law*” (como tampoco de la “seguridad personal” y de la “seguridad social”, que son hoy piezas inescindibles).

- 7) Es necio negar la jerarquía del Derecho en la vida social en general; pero es más absurdo aún querer prescindir de la fuerza motivadora que la normatividad ejerce sobre los comportamientos financieros –y, a la postre, sobre la actividad económica toda– cuando es una obviedad la comprobación del poder corrector que las reglas jurídicas ejercen para garantizar la libre competencia, la sana transparencia y, muy especialmente, para poner coto al “abuso del Derecho” (como también funge para evitar o reparar la “desviación de poder”). Si no existen derechos “absolutos”, tampoco tienen cabida “juegos” financieros “absolutos” que perviertan anárquicamente a todo el sistema y afecten gravemente el interés general. No se trata de negar o eliminar el mercado, sino de prevenir a tiempo que la anarquía del “todo vale” se traduzca en una dominación caprichosa de los operadores mercadistas sobre la Sociedad.
- 8) El derecho puede y debe contribuir a la fijación de regulaciones razonables que, sin alterar la sustancialidad de las libertades económicas, consigan abortar las pendientes o caídas de desestabilización y desequilibrio que ponen en vilo a todo el régimen económico de producción, distribución y consumo, como así también a la financiación de sus operatorias. Como toda creación y manipulación bajo conducción humana, no hay un dogma de la infalibilidad que hipotéticamente pudiera imponer la hegemonía del juego económico sobre el deber jurídico.
- 9) No es cierto que los poderes del liberalismo económico hayan prescindido de la consideración de las diversas realidades sociales. Mucho antes que el ya citado J.

Stuart Mill, fue el mismísimo Adam Smith quien admitió la equidad de una nota de “progresividad” en la aplicación del impuesto a la riqueza, al propio tiempo que se debían eximir a los “artículos de primera necesidad” (“La riqueza de las naciones”, vol 2, Cap. V, parte II). Esto demuestra que “los más papistas que el Papa” (los “*neo*”) descuidan las terribles implicancias de una ausencia del Derecho en la regulación del *laissez faire*, *laissez passer*: No hay derechos absolutos; todos los derechos son relativos y sólo corresponde vigilar que también para la actividad financiera y la bancaria, que no pueden convertirse en un fin en sí mismo.

- 10) La no-confianza o la pérdida gradual de la confianza, dinamitan la fe en las instituciones y, consecuentemente, también afectan el funcionamiento del mercado. Muchos autores (no necesariamente “economistas”) advierten que las fuerzas que aportan el capital y el trabajo son condición necesaria pero no suficiente para el soporte o sustentación del sistema que aspira al mayor desarrollo de la sociedad industrial: entre ellos, el escritor Alain Peyrefitte sumaba un tercer factor o condición, de índole cultural y de naturaleza inmaterial. Y, en ese sentido, afirmaba que la confianza suministra a la sociedad el índice de su expansión ganadora (todos se benefician), mientras que la desconfianza conduce a comportamientos temerosos de los agentes u operadores sociales y económicos que arriban a “un juego de suma cero... o de suma negativa” (“*La société de confiance: essais sur les origines du développement*”, ed. Jacob, 2005).
- 11) Merecen un especial reconocimiento los pensadores que observaron a tiempo riesgos que conllevan los absolutismos de la no-regulación (aun la mínima necesaria) de los procesos económicos y financieros, despreciando el rol

preventivo en los juegos especulativos (sic). Desde J. Stuart Mill que vio los excesos fundamentalistas de las prácticas “manchesterianas” (y que desde su liberalismo fomentaba las cooperativas de distribución) hasta la sagaz diferenciación que ponía Benedetto Croce al separar las doctrinas liberales de las prácticas egoístas del crudo “liberismo” material, sin olvidar –entre otros– a nombres de la talla de Raymond Aron, Habermas, Calogero y Norberto Bobbio, entre otros, como también vale la pena leer los capítulos VI y VII de la obra de Robert Dahl “La igualdad política”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2008, págs. 85 y 103 sucesivamente.

12) El enfoque del “análisis económico del Derecho” puede resultar utilísimo para la mayor aproximación en el conocimiento de las consecuencias que ciertas normas jurídicas pueden llegar a producir, con el porcentaje de falibilidad que es propio de todo análisis, por más “científico” que sea. No es que sea susceptible de una lisa y llana demonización. No puede ni debe ser excomulgado. Se trata, en cambio, de no convertirlo en dogma de infalibilidad ni de exagerar sus alcances y posibilidades para detectar todos los efectos. No es malo en sí mismo ni es una herramienta larvada, en el sentido de anidar en su seno “males cuyos primeros síntomas ocultan su verdadera naturaleza” (RAE); sino que se trata de una herramienta o instrumento que se debe tomar con el delicado cuidado de una pinza en el campo de la introspección en el cuerpo humano.

Ni espontaneísmo, ni recetas mágicas, ni dogmatismos cerrados. Tampoco las hiper-regulaciones asfixiantes o paralizantes. Ni super-intervencionismo estatista, ni deserción o dejación anarco-salvaje. En todo caso, parafraseando a Foucault, una competitividad asegurada por

una sensata “governabilidad activa”. Libertad: ¡sí!; dictadura: ¡no! (ni políticas, ni económicas, ni de ninguna especie material o espiritual). Libertad a secas, razonabilidad, para todos.

El Derecho, por su parte, es mucho más que una herramienta o un instrumento. Cumple funciones y es un elemento componente del Estado, junto con el territorio, la población, el poder y los fines de la sociedad que lo determina. Pero es, además, el basamento que en unión con los valores, impulsa la armonización de los grandes fines para que éstos no colisionen entre sí: el orden con la libertad, la seguridad con las garantías de los derechos, el bienestar general con los intereses sectoriales, la paz con la justicia, y así sucesivamente. Del Derecho no se puede prescindir, y, menos aún, convertirlo en un apéndice de los avatares entre la economía y las finanzas públicas o de la moneda y el goteo del crédito (cuya importancia nadie niega).

Es, como afirmaba Sarmiento, que “para tener derechos, hay que vivir en el Derecho” (Discursos Parlamentarios). Sólo el apego al Derecho nos aleja de la “ley de la selva”, del “sálvese quien pueda” o del “que se vayan todos”.

13) ¿Ante qué estamos? No practiquemos “hipérboles”, porque no es propio del criterio científico hacer o formular exageraciones, ni en más ni por menos. La utilidad y el mérito de un enfoque no deben ser distorsionados a través de un lenguaje hiperbólico que aumente o disminuya excesivamente la verdad de aquello de que se habla. Ni ensalzar, ni desmerecer. Hete aquí el punto en cuestión *in medium consistit virtus*.

Las autorizadas palabras del gran politólogo y constitucionalista italiano (y profesor de Columbia University) Giovanni Sartori, a propósito de los sucesos del 2008, lo

dicen todo: “quien no sabe prever, tampoco sabe prevenir” (confr., La Nación, 17/10/08). El titulista traductor puso: “Una debacle muy fácil de prever” (del original del “*Corriere della sera*”). Los bruscos golpes del 2008, cualquiera fuere su evolución, ya dejan algunas lecciones que –más que pedagogía– corresponden a la deontología, que es la ciencia del “deber”:

- a. El “consecuencialismo” que predica el análisis económico del Derecho está más cerca de la conjetura que de la certeza, y, acaso, más vecino de la adivinanza que del diagnóstico.
- b. El “consecuencialismo” no desemboca en nada “absoluto”, es tan relativista como los demás enfoques que tanto censura y, por apoyarse en la técnica econométrica, no obtiene a cambio de tal soporte un margen más concreto de precisiones “a futuro” que se puedan proyectar en la serie y el tiempo de los imprevisibles cambios cíclicos que a lo largo de la historia ofrecen los fenómenos económicos.
- c. Por lo tanto, el “consecuencialismo” tiene “límites”. No escapa a los riesgos que acompañan a todo plan y programa que las fuerzas del voluntarismo quieran establecer. Su desprecio por la importancia del Derecho es uno de sus graves errores. Queda comprendido en la regla: *errare humanum est*.
- d. O sea que el Derecho no es hijo o entenado de otras disciplinas (por ejemplo, de la economía y sus derivados). En todo caso, la ciencia jurídica forma parte de las ciencias sociales y, por ende, se “hermana” y auxilia (como también ella se enriquece a partir de esa porosa interdependencia) con las demás ramas del saber, incluyendo deontológicamente el deber ser.

En favor del Derecho podemos afirmar que su familiaridad con la deontología –aunque las políticas disolutas quieran negarla– es un nexo relacional que, si bien no corresponde a la auscultación física, tiene cabida milenaria en la temática de la lógica, de la axiología y hasta de la metafísica.

El tema merecería un final..., pero nunca tendrá su final. El debate sigue abierto y, seguramente, se enriquecerá con la evaluación de la experiencia (que ocupa el lugar de la experimentación) a ser recogida de la movediza superficie de la realidad.

APÉNDICE

Notas y referencias ampliatorias del texto:

- 1) Resume así Dalla Vía la estructura institucional del AED:
 - “a) Una asignación y distribución inicial de los derechos sobre los recursos operada según la máxima de asignar los derechos a aquellos individuos que más los valoren en términos monetarios: los derechos sobre los recursos conformarían así un sistema de derechos de propiedad (*property rights*) con las características de universalidad (todos los recursos han de ser susceptibles de apropiación privada), exclusividad (posibilidad garantizada jurídicamente de excluir a los demás de su uso y consumo) y plena transferibilidad (requisito indispensable para que los recursos pasen, mediante su transferencia, a aquellos individuos que más los valoren).
 - b) Una efectiva libertad de mercado, instituida jurídicamente por un derecho de contratos que haga posible siempre la asignación óptima de recursos y que reduzca los obstáculos a la negociación privada mediante la creación de incentivos necesarios y el establecimiento de normas reductoras de costes de transacción.
 - c) Un sistema de responsabilidad civil que simule las operaciones del mercado citando los costes de transacción que sean positivos y den lugar a externalidades que serán internalizadas a través de normas de responsabilidad congruentes con la lógica del mercado (en el caso de Posner, es congruencia se manifiesta a través de la adopción del criterio del *cheapest cost avoider* y del establecimiento de un sistema de responsabilidad por culpa).

- d) Por último, un sistema de derecho penal cuya función sea la de imponer la decisión del mercado siempre que ésta sea posible. En efecto, el derecho penal, según Posner, no sería sino un mecanismo a través del cual se incrementaría el coste de determinadas transacciones no mercantiles con el objetivo de inducir el cumplimiento de las normas transaccionales básicas del sistema mercantil. El sistema de derecho penal se configura así como la cobertura de seguridad del sistema negocial privado en su conjunto, mediante la disuasión de las acciones que no respeten las normas de intercambio de los derechos establecidas por el mercado.

De manera que el sistema jurídico aparece con un amplio predominio del derecho privado, es decir, un sistema en el que las normas reguladoras de las relaciones privadas están “constitucionalizadas” de modo que se convierten en normas básicas del sistema, definiendo, de manera exhaustiva, los principios generales del derecho público” (ob. cit., pág. 93).

- 2) Es emblemática la mención de ejemplos de exageraciones a que puede conducir una aplicación “fundamentalista” del AED. Véase este párrafo extraído del libro de Dalla Vía, que asombra a dicho autor:

“Basta sustituir los conceptos jurídicos por los prístinos conceptos económicos, para que en una cascada de reconstrucciones teóricas el sistema jurídico aparezca redibujado en términos fácilmente manejables. Así se sustituye la compleja retórica de derechos y obligaciones, de derechos subjetivos o posiciones jurídicas, por supraconceptos como el de los *property rights* o el *entitlement* de Calabresi, para hacer entrar en ellos las más variadas situaciones jurídicas, desde los derechos patrimoniales a los derechos fundamentales reorganizando

las relaciones intersubjetivas en términos propietarios. Los problemas jurídicos quedan reducidos a problemas de externalidades y de costes de transacción. Un problema de responsabilidad civil no es sino la manifestación de una externalidad negativa, el incumplimiento de un contrato es el síntoma de un problema de falta de información en el momento de su celebración, el divorcio es la disolución de una empresa, el sistema legal de adopción es el reflejo de un monopolio establecido sobre el tráfico de niños. Reconstruido el sistema jurídico de acuerdo con el nuevo lenguaje simplificador de la teoría económica, los conceptos jurídicos de obligación, derechos, justicia, etcétera, pueden ser desechados por exceso de equipaje”. (ob. cit., pág. 92).

- 3) La doctrina del AED ha despertado en nuestro medio un rico intercambio de impresiones, especialmente en el ámbito del derecho privado, no obstante que sus implicancias llegan al terreno del derecho público y, aún más, al derecho penal. Adhesiones, rechazos, reservas o incondicionalidades se registran en los foros de debate y en publicaciones jurídicas. En el Instituto de Derecho Comercial y Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año 2007, la Memoria Anual recuerda que: “En la sesión del mes de julio la doctora Ana Isabel Piaggi trató el tema “Análisis económico del Derecho” (AED). Inició su exposición señalando que el “nuevo” AED postula que no es posible entender las instituciones jurídicas sólo con argumentos legales sino que resulta esencial considerar qué efectos tienen estas instituciones sobre la sociedad y qué resultados generan para los ciudadanos. El AED no es una corriente de pensamiento uniforme, sino que presenta diferentes concepciones con divergencias teóricas notables.

Su ubicación metodológica lo ubica como una rama de la ciencia económica, casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía, cuyo objetivo es analizar y evaluar el rol de las normas jurídicas a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes económicos y su repercusión en las cantidades y los precios.

Agregó que el punto de arranque de esta construcción es que no trata de explicar el derecho, sino de diseñar lo que debe ser; aparece como una necesidad de solucionar problemas concretos que no pueden resolverse desde la monodisciplina jurídica.

Otro aspecto destacado es que las externalidades, el análisis de costo-beneficio y el principio de maximización de la riqueza, son un conjunto de hipótesis sustantivas diseñadas para abarcar las características esenciales de una realidad compleja.

Para terminar diciendo que el predominio de la filosofía subyacente en la codificación decimonónica mantuvo vigentes las estructuras lógico-conceptuales en que se asienta la dogmática tradicional”.

Con posterioridad, la misma autora ha publicado un trabajo titulado “*Algunas reflexiones sobre un nuevo Derecho*”, (Buenos Aires, junio 4 de 2008–JA 2008–II, fascículo n. 10), con particular referencia a la aplicación del AED en el ámbito del Derecho Comercial.

- 4) Muy lejos de los “brulotes” (crítica ofensiva y polémica) que aparecen a diario en la “prensa amarilla” –a cuyos escritos Popper desdeñaba como periodismo escandaloso, refiriéndose “a los que están bajo la ley de la adicción a las especies picantes”– rescatamos un esclarecido y

esclarecedor editorial de “La Nación”, 3 de Abril de 2008, que con el título “Entre la modernidad y el populismo” señala sin irrisión ni burlería o mengua alguna (“al que le caiga el sayo, que le caiga...”) una dura verdad inconcusa, ya que las cosas han sido así, sin duda alguna: “No ha contribuido mucho en las últimas décadas, al menos en Argentina, la apropiación del liberalismo por mentes centradas, estrictamente en la defensa de la libertad de los mercados económicos. No ha sido esa, sin embargo, la tradición del liberalismo histórico en la Argentina. Un liberalismo defensor, por cierto, de la libertad económica, pero no menos que de ellas de las libertades públicas y de las garantías individuales de los ciudadanos en los términos rotundos prescriptos por los constituyentes reunidos después de Caseros. Un liberalismo que condena los fanatismos, exhorta a la tolerancia, al consenso, al diálogo, y condena la atrocidad de la violencia física y moral contra individuos y gobiernos legítimos, como el de Colombia.

“Libertad política. Libertad económica. Libertad social. Libertad cultural. Un solo liberalismo. Indivisible respecto de su compromiso con todas las libertades y con la legalidad con todas las libertades y con la legalidad que las sustenta. Fue ese el pabellón conceptual con el que el escritor peruano guió desde la apertura las deliberaciones. Desde ese mismo momento dejó también convenido que un liberalismo que creyera sólo en la libertad de mercados es un liberalismo deshumanizado, fácil presa de la tentación autoritaria y carente de la indispensable capacidad de generar emociones.

“¿Quiere –y debe– el liberalismo ocupar en adelante un lugar en relación con las contraposiciones intelectuales forjadas desde las antiguas antinomias de izquierda y

derecha? ¿Sería eso posible, práctico, lógico, deseable? ¿Deberían los liberales alinearse detrás de un partido o actuar como protagonistas de una tendencia de pensamiento que antes de mediados del siglo XX ya había sido definida como renuente a ceñirse a los estrechos límites de un partido político? ¿No es, acaso, el liberalismo una cultura y desborda, por lo tanto, con facilidad los límites inevitables de un mero agrupamiento de ciudadanos?”.

En frase aparte, el mismo editorial –sin chanzas ni tono burlesco que tan siquiera asome– da un envión a la completa relatividad que hoy pueden exhibir los vetustos encasillamientos de otrora: “En otras palabras, ¿tiene sentido seguir dividiendo al mundo entre izquierdas y derechas como se ha hecho desde la Revolución Francesa? ¿O habrá llegado la hora de aceptar, en cambio, de una vez por todas, la lógica discursiva de Felipe González, otra figura dominante del socialismo y convenir que la principal línea divisoria de aguas pasa entre la modernidad y su opuesto, el bonapartismo?”

“Bonapartismo” es la denominación legitimada en la ciencia política para abarcar el sinfín de ejemplos de gobiernos populistas que se han ido sucediendo desde el siglo XX, con prescindencia de izquierdas y derechas. No es otra cosa que la mediación fatal de un Estado paternalista, prepotente, infiltrado con sus regulaciones asfixiantes en todas las actividades privadas. Fascismo camaleónico, en suma, que a veces ha sido de derecha y otras de izquierda, dejando al final el irremediable balance de sus estragos, como lo muestra la experiencia de los últimos setenta años en América latina y, particularmente, en la Argentina”.

- 5) La doctrina citada, en el caso “Anastaplo”, correspondió a los votos de los *justices* Black, Douglas y Brennan; y su texto es el siguiente: *This trend must be halted if we are to keep faith with the Founders of our Nation and pass on to future generations of Americans the great heritage of freedom which they sacrificed so much to leave to us. The choice is clear to me. If we are to pass on that great heritage of freedom, we must return to the original language of the Bill of Rights. We must not be afraid to be free.*
- 6) Nuestra simpatía por el pensamiento de J. Stuart Mill arranca de “que con su propuesta de un *New Liberalism* no sólo libró a la corriente liberal de los excesos de un individualismo extremo y estéril, sino que dotó de nuevas bases a la economía política y con su obstinada insistencia en asociar la libertad a la igualdad, abrió el camino a una nueva práctica de la democracia. Pionero en muchas cosas, en lo político postuló la extensión del sufragio en todos los ámbitos e impulsó las libertades locales promoviendo el mayor autogobierno posible. Luego acompañado por su mujer, Harriet Taylor, pionera militante feminista, luchó por la igualdad política y civil de los dos sexos y se movilizó en favor del movimiento obrero defendiendo la autoeducación de los trabajadores y la sustitución de la empresa capitalista por la organización cooperativa. Distinguiendo entre producción de riquezas y su distribución proponía introducir la asociación de trabajadores libres en la segunda para, mediante las cooperativas de distribución, reducir las injusticias sociales iniciales derivadas de la producción.

Por lo demás sólo recurriendo a la instrucción universal, a una aceptada limitación de los nacimientos y a una

creciente participación de todos los beneficios, podemos acercarnos al autogobierno económico. Pero quizá la aportación más importante y actual de Mill es su impugnación del productivismo y de los desastres medioambientales que produce con la autolimitación que propone, en la tercera edición de sus *Principios de Economía Política* (1871), en su cuadro “del estado estacionario” y en la estabilización del capital y la riqueza. Propuesta que le enfrenta totalmente a Hayek y a los neoliberales al uso y lo acerca a las teorías del decrecimiento de Georgescu-Roegen y a las tesis del estacionarismo de Daly. Thomas Hill Green y Leonard T. Hobhouse son los dos grandes compañeros de viaje de Mill en su ruptura con el liberalismo clásico y su justificación de una limitada pero imprescindible intervención del Estado. Green desde su cátedra en Oxford, apoyado en el neohegelianismo lanzó el nuevo credo con el sujeto como una noción abierta y comunitaria y con la libertad positiva como aquella que nos permite hacer algo útil para y con los demás Hobhouse primer catedrático de Sociología de Londres y editorialista de *The Guardian* nos ofrece un repertorio de las libertades esenciales –libertad civil, personal, familiar, política, local, internacional, etcétera– todas incardinadas en torno de la libertad social que no es la de un individuo frente a la de los demás sino la que se realiza con y a través de ellos. La libertad de uno, sólo se cumple con la de todos los otros. Estamos en el cogollo del liberalismo social.” (confr. Vidal Beneyto, “La perversión de los ideales” – Madrid, 2008).

- 7) Los Mill fueron seguidores –en algún sentido– de las ideas de Malthus. Dice al respecto M. Fernández López: “Podemos, pues, afirmar que los medios de subsistencia

aumentan en progresión aritmética". De esta manera demostraba Thomas Robert Malthus (1766-1834) –en su *Ensayo sobre el principio de la población* (1798), del que se cumplen 210 años– que cualquiera fuese el punto de partida, a la larga aparecía un déficit creciente entre expansión demográfica y provisión de alimentos; con ello, hambre e imposibilidad de sostener a toda la población nueva. Malthus fue el primer profesor de economía de Cambridge. Vinculado con el grupo ricardiano, tuvo fieles seguidores en los dos Mill, padre e hijo, que nunca dejaron de predicar el control voluntario de la natalidad" (Página 12, 4 de mayo, 2008).

- 8) Que la doctrina de AED se desentiende de la gravitación de la Constitución y del Derecho Constitucional es algo que se prolonga a pesar del transcurso del tiempo. Por lo menos, así lo acreditan obras posteriores a Posner.

Y parece que el talante hacia la Constitución –minimizándola– sigue siendo el mismo. Por lo menos, así lo testimonia la 5ª edición de "*Law and Economics*" de los autores Robert Cooter y Thomas Ulen (Ed. de Pearson, Addison Wesley, 2007), el primero Profesor de la Universidad de California –en Berkeley– y el segundo de la Universidad de Illinois –en Urbana-Champaign–, quienes ofrecen un texto de 582 páginas, dividido en doce partes, a saber: 1) *An introduction to law and economics*; 2) *A review of microeconomic theory*; 3) *An introduction to law and legal institutions*; 4) *An economic theory of property*; 5) *Topics in the economics of property law*; 6) *And economic theory of contract*; 7) *Topics in the economics of contract law*; 8) *An economic theory of tort law*; 9) *Topics in the economics of tort liability*; 10) *An economic theory of crime and punishment*;

11) *An economic theory of legal process*; 12) *Topics in the economics of crime and punishment*. Sobre la interpretación de la Constitución de USA están dedicados algunos párrafos correspondientes a las páginas 62 y 63 ¡Sin comentarios!

- 9) Lerminier "*Le droit c'est la vie*", confr. "Quiroga De La Rosa y su Tesis `sobre la naturaleza filosófica del Derecho´". Véase en Vanossi, Jorge Reinaldo "Escritos varios" (Bs. As., 1963), pág. 55, al analizar el capítulo de la tesis del sanjuanino sobre "El Derecho es el alma de la humanidad".
- 10) En un reciente artículo titulado "Adiós a Milton Friedman", J. Bradford DeLong, catedrático de Economía de la Universidad de California en Berkeley y ex subsecretario de Hacienda de Estados Unidos, sostiene, entre otras cosas, que "los beneficios que se puedan obtener ahora si seguimos acercándonos a las posiciones defendidas por Milton Friedman son muy dudosos". Y concluye diciendo que "me cuesta mucho discrepar con Friedman en lo que respecta al mundo de mediados de la década de los setenta. Pero ahí trazaría yo la línea: aunque el acercamiento a la posición de Friedman resultó en general positivo a lo largo de la última generación, los beneficios que se puedan obtener si seguimos acercándonos a dicha posición son mucho más dudosos". ("La Prensa", 13/04/08).
- 11) Véase Bertolino, Pedro, "La verdad jurídica objetiva" - Segunda edición revisada, ampliada y actualizada - Lexis Nexis, 2007.

12) Como corolario de estos anexos, viene a cuento la reciente colaboración del historiador de la Universidad de Yale, Paul Kennedy que bajo el título “Las claves ocultas de la prosperidad económica” se refiere a la necesidad de practicar en el análisis un criterio muy apreciado en las evaluaciones de la fuerza relativa de lo que él denomina “el marco legal y político” (Clarín, 3/7/2008). Y, al respecto sostiene con acierto “Hace mucho más de dos siglos, Adam Smith observó que para hacer pasar a un país de la barbarie a la prosperidad no hacía falta mucho más que **“paz, impuestos fáciles y una administración de justicia tolerable”**, considerando que ésta última era el elemento más significativo de todos.

A la mayoría de los empresarios no les importa pagar algunos impuestos, siempre y cuando sean razonables y previsibles. A la mayoría de los empresarios no les importa que los gobiernos –es más, necesitan que los gobiernos– provean un marco legal, siempre y cuando no sean arbitrarios y respeten las transacciones comerciales privadas.

Los regímenes erráticos, tanto en Venezuela como en Rusia (para tomar dos ejemplos actuales) no entienden ese punto, que constituye en realidad una suerte de Juramento Hipocrático financiero: “No hagas daño”. **Haz lo menos posible por alterar los mercados, que ya están suficientemente alterados por otros elementos imprevisibles”**.

BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras citadas en el texto

- ALFARO P., ROBERTO. “Análisis Económico del Derecho”
Revista Jurídica Magistri Et Doctores, Unidad de PostGrado de Derecho de la UNMSM, Lima, Año N°01, Setiembre - 1995, p. 193.
- BROEKMAN, JAN M. “Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho” Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 121.
- BUSCAGLIA, EDGARDO “Análisis económico de las fuentes del derecho y de reformas judiciales en países en desarrollo”.
- BUSCAGLIA, EDGARDO y RATLIFF, WILLIAM, “Law and Economics in Developing Countries”, Hoover Press, EUA, 2000.
- CALABRESSI, GUIDO “The cost of accidents, a legal and economic analysis” New Haven, Yale University Press, 1970
- CHANAMÉ ORBE, RAUL “Diccionario Jurídico Moderno”
Lima, San Marcos, 1995, p. 63.
- COOTER, ROBERT y ULEN THOMAS “Derecho y economía”,
FCE, México, 1998.

- COOTER; ROBERTE y ULEN THOMAS “Derecho y Economía”, Fondo de Cultura Económica.
- EN CUETO, ROBERTO “Teoría del derecho y Dogmática jurídicas contemporáneas”, Ed. Porrúa e ITAM, México, 2005, p. 403–428.
- GEORGAKOPOULOS, NICHOLAS L. “Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning”, Cambridge University Press, EUA, 2005.
- GHERSI, CARLOS ALBERTO “Manual de Postmodernidad y Tercera Vía”. Buenos Aires, GOWA Ediciones Profesionales, 2001, p. 250.
- GUERRA–GARCÍA P, GUSTAVO “Entre Costos y Beneficios” Revista Cathedra, UNMSM, Lima, Año I N° 01 Noviembre – 1997, p. 37.
- KERKMEESTER, HEICO “Methodology: General”, en, Bouckaert, Boudewijn y Geest, Gerrit De (eds.), Encyclopedia of Law & Economics, Ed. Edward Elgar y la University of Ghent, versión electrónica localizable en <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>
- KLUGER, VIVIANA “Análisis Económico del Derecho”, Editorial Heliasta, Argentina.
- KRAUSE, MARTN “Análisis Económico del Derecho”, Editorial Aguilar.
- MACKAAY, EJAN “History of Law & Economics”, en Bouckaert, Boudewijn y Geest, Gerrit De (eds.), Encyclopedia of Law & Economics, Ed. Edward Elgar y la University of Ghent, versión electrónica localizable en <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>
- PASTOR PRIETO, SANTOS “¡Ah de la justicia! Política Judicial y Economía” Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- PASTOR PRIETO, SANTOS “Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho” Tecnos, 1989.
- POLINSKY A., Mitchell “Introducción al análisis económico del derecho” Ariel, Barcelona, 1983.
- POSNER, RICHARD A. “Economic Analysis of law” New York, Aspen Law & Business, 1998.
- POSNER, RICHARD A., “El análisis económico del derecho”, FCE, México, 1998.
- ROEMER, ANDRES “Derecho y Economía: una revisión de la literatura”, ITAM y FCE, México, 2000
- ROEMER, ANDRES “Introducción al análisis económico del derecho”, Ed. FCE.
- SHAVELL, STEVEN “Foundations of Economic Analysis of Law”, Harvard University Press, 2004
- TORRES LÓPEZ, JUAN “Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal” Madrid, Tecnos, 1987, p. 26.
- TRAZEGNIES G., FERNANDO DE. “La Responsabilidad Extracontractual” 5ª edición, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1995, T.I., pp. 79 y 61.