

Voces: ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ DERECHO ~ ACORDADA ~ PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD ~ DEMOCRACIA ~ ECONOMIA POLITICA

Título: La Corte Suprema y el análisis económico del derecho

Autor: Sola, Juan Vicente

Publicado en: LA LEY 25/09/2009, 25/09/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1223

Cita Online: AR/DOC/3381/2009

Sumario: SUMARIO: I. La Acordada 36/09. II. La ciencia de las alternativas. III. Las consecuencias de los actos. IV. ¿Qué incluye análisis económico del derecho? Evitar las confusiones. V. El análisis positivo y el análisis normativo. VI. Decisiones en un marco de incertidumbre. VII. Las consecuencias económicas de los fallos judiciales. VIII. El análisis ex ante. IX. El control de razonabilidad y el análisis de costo beneficio. X. La reglamentación frente al riesgo. XI. El análisis de costo beneficio. XII. El establecimiento de prioridades. XIII. El gobierno por anécdotas. XIV. El análisis de costo y beneficio como un correctivo. Eficiencia y democracia. XV. Conclusión.

Abstract: El autor sostiene que la Acordada 36/09 constituye una de las reformas más importantes en la decisión judicial. La Unidad de Análisis Económico deberá realizar estudios, positivos y normativos, tanto micro como macro económicos, y también una adecuada valoración de las consecuencias, como de los medios elegidos para cumplirlas. A través del análisis de costo beneficio otorgará a los jueces la información necesaria para dar contenido al control de razonabilidad.

I. La Acordada 36/09

La acordada 36/09 de la Corte Suprema del 9 de septiembre del 2009, establece un punto de inflexión en el desarrollo del análisis económico del derecho en la Argentina. En sus fundamentos la Acordada de la Corte Suprema hace una exhaustiva enumeración de las normas constitucionales que imponen el análisis económico previo para asegurar su cumplimiento. Interpreta el mandato constitucional de manera que las sentencias futuras se dicten en un marco de información adecuado. El análisis económico del derecho supone el estudio de las consecuencias de las normas jurídicas ya sean leyes, reglamentos o sentencias. Utiliza para ello generalmente un análisis microeconómico que determina cómo funcionan los incentivos y desincentivos que las personas tienen frente a las normas jurídicas.

II. La ciencia de las alternativas

El derecho cambia los incentivos de las personas en su conducta, la acción humana está basada en el costo de oportunidad, es decir, el costo de lo que renunciamos al elegir una opción o tomar una decisión. Las personas toman una decisión teniendo en cuenta la primera alternativa disponible frente a la que definitivamente eligen. Es por esta razón que Röpke señalaba que la economía es la ciencia de las alternativas. (1) Las personas ordenan sus preferencias y actúan de acuerdo con las alternativas que se les presentan, pero alguna de las alternativas pueden ser consideradas poco valiosas por la sociedad, como sería el caso si desearan cometer delitos para obtener sus fines. El derecho cambia las alternativas al establecer alguna sanción que aumente el costo de las alternativas consideradas poco valiosas y por lo tanto las baje en su prioridad o elimine en la escala de preferencias. Es decir, el derecho crea incentivos para algunos comportamientos y desincentivos para otros. La frase habitualmente mal citada de Milton Friedman que dice que "no existe tal cosa como un almuerzo gratis", significa que aún en el caso que nos invitaran almorzar habrá algo que hemos tenido que dejar de hacer, el precio del almuerzo gratis es la alternativa que hemos dejado de realizar para asistir a él. El derecho entonces varía las alternativas de nuestro comportamiento. Pero el problema que generalmente ocurre es que por ignorancia, por falta de estudios al respecto se desconozcan los incentivos que crean las normas jurídicas. Puede haber incentivos ocultos, incentivos cruzados, o simplemente y lo que es más grave, es que simplemente se establezcan incentivos equivocados con relación a los fines que se desea obtener. Basta recorrer algunas de las decisiones más conocidas de nuestros tribunales para observar que existen objetivos buscados por el legislador o por el juez que al mismo tiempo eligen los medios equivocados para obtenerlos. Más aun, en muchos casos utilizan los medios opuestos para el fin deseado, basta recordar las decisiones en materia de regulación de los contratos de las locaciones urbanas para dar una muestra de ello. (2)

III. Las consecuencias de los actos

Podríamos definir en términos muy generales al análisis económico del derecho como "tomarse las consecuencias seriamente" según la expresión elocuente de Robert Cooter. (3) Esta idea coincide con la 'ética de la responsabilidad' de Max Weber. (4)

La importancia del análisis de las consecuencias de los actos jurídicos es claramente reconocida en los considerandos de la Acordada.

3) Que la importancia de las cuestiones reseñadas precedentemente justifica que sobre ellas se efectúe un razonable juicio de ponderación en el cual "...no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la

interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma" (Fallos: 302:1284).

La Corte menciona el 'juicio de ponderación' que debe realizarse entre el objetivo buscado y los medios elegidos para cumplirlo. Sin embargo, el juicio de ponderación puede ser un enunciado opaco ya que no tiene un contenido definido más allá del que el juez le conceda en cada caso. Para darle contenido a la 'ponderación' se utiliza el 'análisis de costo beneficio' al cual nos referiremos más adelante.

IV. ¿Qué incluye análisis económico del derecho? Evitar las confusiones

El análisis económico del derecho se reparte en varias escuelas. Esto incluye el análisis de los incentivos de las normas jurídicas siguiendo a la llamada escuela de Chicago, denominada así porque en esa sede universitaria se inició ese estudio. También la escuela neo institucional, llamada también de la economía de los costos de transacción porque analiza las razones que impiden la libre asignación de recursos, y finalmente la teoría del Public Choice o de la elección pública que analiza la teoría de la toma de la decisión y los problemas de las transferencias de las preferencias privadas a las preferencias colectivas.

El análisis económico del derecho tiene una bibliografía muy amplia y un consenso académico sobre su contenido por lo que es conveniente que esta nueva oficina creada sabiamente por la Corte Suprema desarrolle su actividad dentro de los cánones internacionales. Hago esta mención, ya que ocurre en nuestro país una confusión sobre el contenido de la economía o de las ciencias económicas. Por una tradición en la enseñanza se incluye habitualmente dentro de las ciencias económicas a la administración y a las ciencias contables, pero cuando nos referimos al análisis económico del derecho no nos referimos estudios contables o de administración sino a la utilización de la teoría económica para entender mejor las consecuencias del derecho. Es decir que la oficina creada debe concentrarse en esta función y no en otras que si bien pueden asociarse a una definición muy general de la actividad económica pero que no se refieren al análisis económico del derecho y que podrían crear confusión en su aplicación.

V. El análisis positivo y el análisis normativo

El análisis económico del derecho como todo análisis de ese tipo tiene un elemento positivo y un elemento normativo. Elemento positivo es cuando se utiliza análisis económico para conocer mejor las consecuencias de las normas jurídicas, ya sean leyes, reglamentos o sentencias. Esta distinción es importante, ya que el análisis económico positivo se refiere al conocimiento de las diferentes consecuencias y dejará a quien toma la decisión que escoja una de ellas pero con mejor información. Debemos recordar que la información siempre es incompleta, ya que no existe un mundo de información completa, sino por el contrario el mundo de incertidumbre. Al mismo tiempo la información es asimétrica, es decir, las partes no tienen la misma información cuando concluyen un contrato o cuando proponen una decisión, por lo tanto una de las funciones de esta oficina es mejorar la información con que contarán los jueces antes de fallar. Proveerá también la información con que contarán las partes en un caso concreto antes de llegar a un acuerdo conciliatorio.

El análisis normativo es cuando el economista analiza alternativas y propone una concretamente sin expresar las consecuencias de las otras posibles. Esta perspectiva es habitual en macroeconomía y particularmente en la llamada economía de bienestar, convivimos con ella desde hace mucho tiempo. Si tomamos el ejemplo de la propuesta intelectual de Keynes, vemos que sugiere un conjunto de medidas, algunas muy polémicas como la llamada 'eutanasia del rentista', que fueron aceptadas por la Corte Suprema sin un análisis previo adecuado. Recordemos en este sentido el famoso caso Fernández Orquín c. Ripoll, (5) que da un carácter normativo a la llamada 'economía del desarrollo' sin que se analizara por un lado las otras alternativas económicas válidas y probablemente más eficaces, sino también que este discurso económico normativo estaba en conflicto con la Constitución.

VI. Decisiones en un marco de incertidumbre

La acción humana se desarrolla en un marco de incertidumbre, es decir, circunstancias en las que valores de probabilidades ciertas no pueden ser asignadas a posibles estados futuros. Cuando a los eventos futuros se le puede asignar una probabilidad se utiliza el término de riesgo. (6) Debido a la incertidumbre ninguna norma podría predecir las circunstancias futuras, por lo tanto requiere ser interpretada para resolver situaciones imprevistas. La incertidumbre afecta todas las decisiones humanas, y particularmente cuando a través de normas se quiere ordenar el futuro. Si una penumbra de incertidumbre debe rodear a todas las normas legales entonces su aplicación a casos concretos dentro de esa área de penumbra no puede ser una cuestión exclusiva de deducción lógica. El razonamiento deductivo no puede ser el modelo exclusivo para la aplicación de una norma general a casos concretos. Si los argumentos jurídicos y el razonamiento jurídico en cuestiones de penumbra deben ser racionales, este uso de la razón debe ser diferente de una relación lógica basada en las premisas. En este sentido el análisis económico aumenta la información disponible por el juez, que si bien no reduce la incertidumbre, permite una decisión sobre bases de mayor racionalidad.

VII. Las consecuencias económicas de los fallos judiciales

Siguiendo a Easterbrook (7) podemos utilizar tres líneas para analizar las consecuencias económicas de las normas creadas en los fallos de la Corte Suprema. Los tres puntos son:

- (i) El análisis ex ante,
- (ii) La comprensión de los efectos marginales y
- (iii) El análisis de la dinámica del proceso político y particularmente del proceso legislativo.

VIII. El análisis ex ante

Las características del litigio llevan a los jueces a considerar a las partes dentro de circunstancias fijas y de alguna manera determinar ganancias y pérdidas. Generalmente la determinación y aplicación de una norma jurídica lleva a ese tipo de resultados. Es decir, cuando hay un daño, un tribunal determina cuáles son las pérdidas y establece quién debe resarcir. Este es el análisis ex post: algo ha ocurrido y los jueces toman una decisión que consideran adecuada según la información que las partes han aportado al caso. Pero los principios que se establezcan en el caso de hoy influirán a los casos similares en situaciones similares en el futuro. Esto requiere el análisis ex ante. Si los jueces analizan los casos solamente como ocasiones para una asignación equilibrada de ganancias y pérdidas para el caso concreto y no consideran los efectos de la norma que crean, generalmente asegurarán que haya menos ganancias y más pérdidas en el futuro.

Los incentivos en muchos márgenes

La determinación de la influencia de una decisión en la conducta futura no es muy útil a menos que se conozca cómo los actores económicos responden a los incentivos. Los jueces y los legisladores conocen la ley de la demanda, en el sentido que el aumento de un precio hará que se compre menos de un bien. Lo importante es recordar esta regla cuando ocurre en el margen, ya que en el margen las personas sustituirán un producto por otro, cuando haya productos sustitutivos. Es el caso del aumento del precio de la carne que puede llevar al aumento del consumo de pollo o pescado. Cuando hay productos sustitutivos existe una mayor elasticidad de la demanda. Cuando nos encontramos frente a productos que tienen una mayor elasticidad, aún un pequeño cambio en el precio llevará a que las personas consuman mucho menos o mucho más de acuerdo a que suba o que baje. De la misma manera, cuando existe inelasticidad aun cuando los cambios de precios sean muy grandes no tendrán un gran efecto en el comportamiento. Es decir que las consecuencias de una decisión pueden ser banales o importantes de acuerdo a la elasticidad de la demanda sobre el producto al que se refiere la decisión y este no es tema sencillo de apreciar a simple vista.

¿Por qué hay normas?

Hay dos estilos en la interpretación de las normas. La primera, tradicional, el juez analiza los objetivos del legislador y aplica los efectos que considera beneficiosos y corrige los efectos perniciosos que podría tener la norma. La interpretación es amplia en cuanto extiende los objetivos del legislador.

En la otra visión el Juez considera a la norma como un contrato. Primero identifica a las partes contratantes, es decir, las diferentes posiciones que existieron dentro del cuerpo legislativo, Luego intenta descubrir qué es lo que resolvieron y qué es lo que dejaron sin resolver. De esta manera, puede llegar a la conclusión que la norma que regula el precio de un producto, digamos por ejemplo la leche fluida, es un acuerdo entre los productores de leche y las usinas lácteas y de esta manera se llega a un acuerdo entre productores y usinas en beneficio de ambos y en perjuicio de los consumidores que deben pagar un precio más elevado. (Es el caso de las normas que llevaron al caso *US vs. Carolene Products* de 1938.) De acuerdo a la lógica de la acción colectiva, los grupos más organizados imponen su voluntad a los menos organizados, sólo los jueces pueden remediar esta distorsión. ⁽⁸⁾

IX. El control de razonabilidad y el análisis de costo beneficio

En el control judicial de la razonabilidad de las leyes y de los reglamentos se han utilizado expresiones como el fin de la legislación y la razonabilidad del medio empleado. En términos usuales, se dice: adecuación del medio empleado al fin propuesto. Es una expresión que nos permite una asociación con el análisis de costo beneficio utilizado en el análisis económico del derecho. Es decir, la utilización de las herramientas de una ciencia social, como la economía, para medir la extensión en que un medio elegido por el legislador sea el apto para cumplir con el objetivo que éste se había propuesto.

X. La reglamentación frente al riesgo

La regulación supone evitar un riesgo previsible.

Las características contextuales asociadas al concepto del riesgo son algunas de las siguientes:

- 1) la naturaleza catastrófica del riesgo,
- 2) saber si el riesgo es incontrolable,
- 3) si el riesgo incluye pérdidas permanentes o irreparables,
- 4) si se ha incurrido voluntariamente en el riesgo,
- 5) cuán equitativamente distribuido está el peligro o cuán concentrado en víctimas inidentificables, inocentes o tradicionalmente desvalidas,

- 6) cuán bien comprendido está el riesgo en cuestión,
- 7) si el riesgo debe ser asumido por las generaciones futuras, y
- 8) cuán familiar es el riesgo.

Muchos de estos criterios se reflejan en la voluntad de pagar que tiene la población. Cualquier criterio que se utilice en el análisis de costo beneficio, debe reflejar estos puntos. Más aun, un análisis de costo beneficio debe realizar una descripción más desagregada y más cualitativa de las consecuencias de la acción gubernamental.

Requiere también analizar los riesgos sustitutivos, es decir, cuando la disminución de un riesgo aumenta simultáneamente un riesgo de otro tipo. Toda regulación debe partir del hecho de que no debe crear un riesgo complementario que sea mayor que el riesgo regulado.

Para el tratamiento de riesgos se pueden enunciar tres posibles estrategias:

1) Ordenar los riesgos y reubicar los recursos en dirección a los problemas más severos. Supone reestructurar los gastos que estuvieran dirigidos a problemas menores y orientarlos hacia los principales.

2) Incentivar y permitir planes del sector privado que permiten mayores reducciones de costos. A menudo el problema con la reglamentación federal es que el gobierno carece de la información de los medios menos costosos para producir el objetivo buscado. Si al sector privado se le permitiera seleccionar los medios, buscaría el más barato. Esto supone que el gobierno elige los fines y los particulares los medios de obtenerlos.

3) Reglamentar mediante incentivos. El medio habitual de la reglamentación estatal es por medio de la orden o comando y el posterior control del cumplimiento de ese mandato. Este sistema es disfuncional, ya que tiende a otorgar cierta rigidez al sistema; es preferible buscar incentivos económicos que lleven a los regulados a dirigirse en la dirección buscada por el legislador.

XI. El análisis de costo beneficio

El análisis de costo beneficio tuvo un origen asociado a la determinación de la utilidad de las obras públicas, pero ha tenido una evolución reciente como criterio de evaluación de la legislación y de los reglamentos. Es también un aliado del control judicial sobre esas normas.

En muchos casos, el gobierno necesita realizar no sólo un análisis cualitativo sino también uno cuantitativo. Es decir, necesita saber si los beneficios de un determinado proyecto son superiores a los costos. Tradicionalmente, como se adelantó, el concepto fue utilizado para determinar la utilidad de obras públicas y evitar que se realizaran por motivos puramente políticos. En la actualidad, el análisis de costo beneficio es útil para la toma de decisiones públicas y como manera de control.

Este análisis proporciona un conjunto sistemático de procedimientos mediante los cuales el Estado puede valorar si debe emprender o no un determinado proyecto o programa y, además, permite elegir entre varios. En su versión más sencilla el análisis de costo y beneficio consiste en:

- (i) identificar el conjunto de proyectos posibles que deben examinarse;
- (ii) averiguar las consecuencias de esas posibilidades, es decir, los factores que se tienen que pagar y los productos que se obtendrán;
- (iii) asignar un valor a cada uno de los factores y de los productos;
- (iv) sumar los costos y beneficios para obtener la rentabilidad total del proyecto.

Cass Sunstein considera que el costo beneficio no debe ser analizado exclusivamente desde una perspectiva económica, sino también desde una visión de la teoría del conocimiento [\(9\)](#). Si es estudiado en términos económicos como forma de evitar la ineficiencia excluye consideraciones importantes para su utilización. En cambio, se justifica en términos cognoscitivos como una manera de evitar problemas predecibles en el momento de la decisión individual o social. Razonamientos pobres, efectuados por individuos o sociedades, pueden ser el resultado de una visión que considere conclusivamente los beneficios de una obra o regulación pero que no tenga en cuenta los costos. Esto ocurre al ignorar los efectos sistémicos de intervenciones aisladas, por ver los casos aisladamente o por reacciones emocionalmente intensas. El análisis de costo beneficio sirve como un correctivo a estos problemas de conocimiento.

Sunstein sugiere ocho proposiciones como base teórica de la utilización del análisis de costo beneficio: [\(10\)](#)

1. Identificar y cuantificar

Los órganos públicos deben identificar las ventajas y desventajas de los cursos de acción propuestos y también intentar cuantificar los efectos relevantes en la medida de su posibilidad. Cuando la cuantificación no sea posible, los funcionarios deben discutir los efectos relevantes en términos cualitativos y también indicar un conjunto de alternativas posibles. La declaración debe incluir una descripción detallada de los posibles beneficios.

2. Proveer descripciones cuantitativas y cualitativas

La descripción cuantitativa —en general la de los análisis monetarios— debe completar antes que reemplazar la descripción cualitativa de los efectos relevantes. Tanto la descripción cualitativa como la cuantitativa deben incluirse en el análisis. Es importante conocer las características de los efectos, por ejemplo cómo se ha evitado la pérdida de días de trabajo, muertes por enfermedad o contaminación de ciertos espacios. La descripción cualitativa debe dar una visión concreta de quién es beneficiado y quién perjudicado por la medida, es decir, si los beneficiarios son niños, si la reglamentación lleva a la pérdida de puestos de trabajo, precios más elevados, mayor pobreza, entre otras cosas. Cuando la única información posible es especulativa, esto debe ser indicado, juntamente con otras especulaciones razonables.

3. Convertir los valores no monetarios

Los funcionarios, y también las partes en un juicio, deben intentar convertir los valores no monetarios, cómo son las vidas salvadas, la salud beneficiada y los valores estéticos en equivalentes dinerarios. Esto no quiere decir que una vida y una cantidad de dinero sean la misma cosa, sino para promover la coherencia y la uniformidad y para asegurar claramente las prioridades. No existe nada mágico o rígido en los equivalentes monetarios, la conversión es simplemente una herramienta pragmática para guiar el análisis y permitir comparaciones informadas.

4. Establecer pisos y techos posibles

Los órganos públicos en los que se confía la valoración de la vida y la salud deben ser controlados, por ley o reglamento, a través de techos y pisos posibles o presumibles. Esto supone valorar temas tan complejos como la vida humana, pero es conveniente que se utilicen montos específicos dentro de la gama que existe dentro de las decisiones alternativas, como contratos de seguros o sentencias judiciales. Si una valoración administrativa varía en estas apreciaciones, debe justificarlo. En muchas ocasiones los organismos públicos no valoran estas circunstancias.

5. Ajustar techos y pisos

Se debe permitir a los órganos gubernamentales ajustar los techos y los pisos sobre la base de un análisis públicamente articulado y razonable, que indique la conveniencia de ese ajuste. Este tipo de ajuste es necesario si, por ejemplo, sectores más pobres están en riesgo. En esos casos no debería bajarse el piso de una indemnización. En otras palabras, el hecho de que las personas pobres gasten menos en proteger sus propias vidas, no debe ser la causa de que el gobierno gaste menos en preservarlas. El principal riesgo aquí es que grupos bien organizados sean capaces de utilizar argumentos equitativos para lograr sus ajustes preferidos.

6. El ajuste de acuerdo con factores cualitativos

Los órganos gubernamentales podrán hacer ajustes sobre la base de factores cualitativos variados; por ejemplo, podrán realizar un ajuste si aumentan desproporcionadamente los perjuicios en el caso de niños. En la medida de lo posible, la administración debe ser precisa en cuanto a la naturaleza y fundamentos de estos ajustes, especialmente a la luz del riesgo de que grupos de interés presionen para obtener ajustes cualitativos en una dirección ilegítima.

7. La respuesta al temor social

La respuesta apropiada al temor social, cuando éste no está basado en una evidencia, es la educación y el restablecimiento de la confianza y no un aumento de la regulación. A veces la preocupación pública sobre ciertos riesgos es intensa y generalizada a pesar de que la inquietud no está fundada en los hechos. La mejor respuesta es educacional, el gobierno no debe gastar recursos escasos simplemente porque un público mal informado considera que debe hacerlo. El temor es en sí mismo un costo, por lo que la educación es un elemento básico para la correcta apreciación del riesgo. De lo contrario, puede empeorarse la situación, como sería el caso si un público ignorante de los riesgos menores de la aviación, pero asustado por un desastre aéreo, hiciera los viajes en automóvil o en ómnibus con lo que el riesgo de accidentes aumentaría notablemente.

8. La función de los tribunales

El control judicial de la regulación del riesgo debe incluir una demostración amplia de que la reglamentación ha causado más beneficios que perjuicios y también una visión razonable sobre la valuación de los beneficios y de los costos. Para cumplir con este objetivo, los tribunales requerirán de los reguladores que generen y apliquen correctamente techos y pisos de valuación. El objetivo final es establecer un control judicial de costo beneficio con un contenido y extensión similar al de razonabilidad.

El análisis de costo beneficio es un límite al poder de los grupos de interés y una respuesta a los problemas de información limitada y a los predecibles de la demanda pública de regulación. Debe utilizarse en forma pragmática.

La regulación legal y administrativa limita los derechos individuales; frente a las múltiples justificaciones de estas restricciones se puede agregar la pregunta sobre si los beneficios de la regulación justifican los costos de la regulación. La legislación regulatoria tiene diversos fines legítimos que no están limitados a la eficiencia económica exclusivamente, por lo que no puede inundarse al Estado regulador en un mundo de requerimientos procesales excesivos. La utilización del análisis de costo y beneficio debe ser comprendida como un esfuerzo

para superar el sistema actual de regulación económica fuertemente influido por grupos de interés o basado en circunstancias anecdóticas, para ser reemplazado por un concepto que examine las consecuencias reales de las limitaciones a los derechos individuales que ocurren por la regulación económica. Si bien la aplicación de este criterio corresponde en principio al Congreso y a la Administración, la función judicial es la de invalidar las limitaciones a los derechos constitucionales que impongan altos costos sin beneficios significativos. La tarea judicial es la de controlar la proporcionalidad entre los costos y beneficios de la reglamentación de los derechos individuales (11).

La primera justificación del análisis de costo beneficio es económica, como una forma de promover la eficiencia económica y de esta manera eliminar gastos públicos y privados innecesarios o excesivos. Pero el requerimiento de un análisis de costo beneficio tiene también una fuerte justificación democrática, ya que permite disminuir las presiones de grupos de interés sobre la reglamentación legislativa y administrativa. Al mismo tiempo, es un método que asegura que las consecuencias de la reglamentación no estén ocultas en el misterio sino abiertas al conocimiento público y al control judicial.

El análisis de costo beneficio supone la existencia de mayores demandas de información sobre la administración, que deberá responder sobre las consecuencias que pueden tener la legislación y los actos administrativos. Su utilización es consecuencia, como fue con la doctrina de la razonabilidad en general, de los excesos del Estado regulador que comenzó en la década de 1930. Se puede formar un arco de doctrina constitucional permisiva basada en conceptos muy genéricos de "emergencia económica" que puede iniciarse en el leading case "Avico c. de la Pesa" (LA LEY, Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, agosto/2003, p. 95) y que se extiende hasta su forma más excesiva en el caso "Arcenio Peralta". Estos precedentes han establecido una reforma de la estructura constitucional originaria. Si bien esta situación tuvo su origen en la jurisprudencia asociada con el New Deal, la principal diferencia es que aquella tuvo una limitación temporal; en cambio, en nuestro país, aparece el oxímoron de la emergencia permanente (12). El costo beneficio es una reacción frente al concepto de emergencia económica que limitó los principios republicanos de división de poderes y de frenos y contrapesos. Este conflicto ha tenido consecuencias recientes como las amplias delegaciones legislativas al Ejecutivo y el abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia. Esto se ha sumado a un concepto muy difuso de la discrecionalidad administrativa, particularmente notoria en temas como regulación financiera y bancaria por el Banco Central, reglamentación de la seguridad social, aduanera y de comercio exterior. Lo paradójico de la situación argentina, frente a su similar de los Estados Unidos, es que esta concentración del poder regulador en el Ejecutivo no se limitó a los momentos de crisis económica, sino también a los momentos de apertura y de crecimiento. La explosión de reglamentos de necesidad y urgencia ocurrió en momentos en que el gobierno contaba con amplias mayorías parlamentarias.

La reacción a esta ausencia de control de la administración y al abuso del concepto de crisis económica fue consecuencia de la toma de conciencia que el gobierno nacional había excedido los límites de su autoridad, particularmente en la limitación descontrolada de los derechos individuales. Una de las herramientas para limitar este exceso es el análisis de costo beneficio que permite conocer las consecuencias de las decisiones administrativas y los altos costos que impone sobre la sociedad, costos que no son generalmente analizados en la utilización tradicional de la discrecionalidad administrativa.

XII. El establecimiento de prioridades

El primer paso del análisis de costo beneficio es el establecimiento de prioridades. Esto supone que se deben conocer pautas que determinen los estándares para decidir cuándo los riesgos son suficientemente importantes y cómo requerir alguna reglamentación. Generalmente, la determinación de qué riesgos debe evitar la reglamentación y por qué medios es errática y establecida por un procedimiento decisorio dogmático.

Los gobiernos deben privilegiar incentivos flexibles basados en el mercado, antes que disposiciones rígidas. La diferencia entre las regulaciones mediante decisiones discrecionales de los sistemas más flexibles y aquellas con análisis de costo beneficio, es que las últimas privilegian los fines a obtener por sobre los medios para obtenerlos. La concentración en los medios utilizados, generalmente a través de una descripción detallada del procedimiento administrativo a seguir, lleva a resultados contrarios a los esperados. Los sistemas basados en la asignación de incentivos del mercado no ordenan resultados particulares, sino que imponen costos sobre los que contribuyen a un daño social. Generalmente, la limitación de los derechos individuales está ubicada por la reglamentación en una administración compleja y partidaria, la que se concentra en control de los procedimientos y no en los fines buscados por la misma reglamentación.

El gobierno debe estar preparado para actuar cuando aparezcan consecuencias a la limitación de los derechos individuales que sean dañosas o inesperadas. Cuando el gobierno no reacciona frente a los efectos nocivos de la reglamentación, aparece la función central del control judicial sobre la razonabilidad económica. Muchas iniciativas que regulan los derechos individuales tienen consecuencias dañinas que no fueron esperadas. Con la excepción del control judicial, no existe una forma sistemática que asegure que esas consecuencias puedan ser consideradas y resueltas. Sunstein considera que una regulación equivocada puede finalmente tener un costo en vidas humanas, ya que gastos burocráticos indebidos y restricciones distorsivas pueden causar desempleo y por lo tanto pobreza, y pueden llevar a costos hasta en vidas (13).

En la regulación y limitación de los derechos individuales, el legislador y la Administración requieren de mayor información y deben por lo tanto crear incentivos para compilar y proveer información adecuada. En la mayoría de los casos, los gobiernos carecen de información sobre los daños que la legislación desea evitar o limitar en sus efectos. Muchas veces debe actuar, o dejar de actuar, en un contexto de falta de información. En estos casos, cualquier ejercicio de cuantificación puede ser ilusorio, o por lo menos dar la impresión de que se posee más información de la que el gobierno o la población efectivamente tienen. En estas circunstancias, el legislador debe concentrarse en adquirir la información más precisa que sea posible obtener. Puede tomarse como ejemplo las circunstancias que dieron lugar al caso "Cine Callao", en la que la legislación quiso beneficiar a un sector de artistas de variedades desocupados por la aparición del cine sonoro. La grave restricción a la libertad de contratar se tomó sin conocerse la verdadera dimensión de la situación social que se buscaba remediar, ni las distorsiones que la legislación adoptada crearía.

Ni la legislación limitativa de los derechos individuales ni la organización administrativa que la reglamenta crean incentivos para la compilación de información adecuada; por el contrario, crean incentivos para la distorsión de los datos. En muchos casos, como por ejemplo en materia de la protección del medio ambiente, los sectores industriales tienen un incentivo a informar costos mayores que los que verdaderamente existen, con el objetivo de obtener una regulación medioambiental favorable a sus intereses.

XIII. El gobierno por anécdotas

El análisis de costo beneficio supone la búsqueda de equilibrio entre valoraciones tecnocráticas, económicas y democráticas, sobre los riesgos que se deben evitar con la reglamentación de los derechos individuales. En toda propuesta regulatoria existen diferencias entre las valoraciones técnicas y las populares sobre el riesgo existente. En el caso de la opinión popular, ésta puede estar distorsionada por medios de prensa sensacionalista, y también por el hecho de analizar algunos riesgos en forma anecdótica. En particular, los medios de comunicación tienden a enfatizar los eventos inusuales o provocativos antes que a efectuar un análisis de los riesgos crónicos. El resultado son distorsiones sustanciales en las decisiones políticas. Una de las características del sistema representativo es la que permite que el representante del elector pueda tener su propia opinión, y en el caso que los ciudadanos tengan una percepción incorrecta de los hechos, puedan no tener una respuesta similar a la pedida por sus electores. En los casos más graves, el control judicial es la herramienta correcta para reducir reglamentaciones limitativas de los derechos individuales que sean populares pero contrarias a una valoración técnica de los hechos. Las valoraciones de los ciudadanos que estén basadas en creencias o información técnica erróneas deben ser corregidas a través de la educación y de la información adecuada. En la mayor parte, es importante que las restricciones estén basadas en fundamentos científicos exactos y no en anécdotas sensacionalistas o en tácticas para asustar a la población. No tiene nada de antidemocrática la negativa gubernamental o judicial a aceptar una reglamentación de los derechos individuales que esté basada en la ignorancia de los hechos. Por el contrario, el sistema de democracia representativa tiene como una de sus justificaciones centrales el filtro de las expresiones de voluntad basadas en la ignorancia. Es también uno de los fundamentos de la existencia del control judicial dentro del sistema democrático.

XIV. El análisis de costo y beneficio como un correctivo. Eficiencia y democracia

Un equilibrio de costo y beneficio es un correctivo natural a la acción de gobierno que limite los derechos individuales. Un esfuerzo por equilibrar las variables relevantes debe promover una mejor selección de prioridades; esto se realiza asegurando que la Administración proceda contra problemas que son más graves y que puedan ser resueltos con el menor costo. En la medida en que las ineficiencias se produzcan porque se atiende a problemas relativamente menores, en desmedro de los más graves, el equilibrio de costo beneficio permite resolver una cantidad importante de cuestiones. Generalmente la Administración trata de resolver los problemas más sencillos y posterga la consideración de los más graves. Esta situación es general de toda la Administración e incluye temas tan graves como las decisiones de política criminal donde se resuelven los delitos más sencillos, donde la prueba es de fácil obtención y se posterga la investigación de las causas más complejas. En una estadística general sólo se toma el porcentaje de causas resueltas y no la gravedad de cada una de ellas.

Si la Administración dedica recursos públicos y privados para resolver pequeños problemas, probablemente su acción deba ser anulada por los tribunales. La razonabilidad económica busca este tipo de resultados y evita que los administradores hagan una regulación en respuesta a anécdotas o debida a la presión de grupos de interés bien organizados.

Al mismo tiempo, la utilización del análisis de costo beneficio requiere obtener información sobre temas centrales para la regulación de los derechos individuales. Hasta aquí he enfatizado las consideraciones económicas del análisis de costo beneficio, pero existe un argumento democrático para hacer de este análisis un elemento central en la función de regulación de los derechos individuales que ejerce el Estado. La constatación inicial es que el Estado burocrático actual con su limitación de los derechos constitucionales es en gran medida contrario al espíritu democrático. Los resultados de la regulación actual no son producto de la deliberación pública que requiere la legislación en un sistema democrático; por el contrario, son la consecuencia de una extraña combinación de factores: la acción de grupos de interés, la atención selectiva hacia algunos problemas,

la "legislación por anécdota", el sensacionalismo de la prensa y, finalmente, la simple falta de información.

Muchas reglamentaciones son producto de la acción de grupos de interés bien organizados; de esta manera, lo que debería ser una restricción a un derecho constitucional con el fin de defender el interés general, lo es solamente en beneficio de un interés particular. Las normas producto de anécdotas rara vez producen los beneficios sociales esperados. Desde el punto de vista democrático el análisis de costo beneficio es positivo en cuanto tiende a reducir el poder de los grupos de interés sobre el proceso político y al mismo tiempo porque permite traer al conocimiento público las cuestiones relevantes.

El análisis de las consecuencias de la reglamentación no son un mero ejercicio tecnocrático, pequeños cambios en las presunciones pueden producir variaciones enormes en cuanto a los costos y beneficios de la medida. La participación de grupos de interés y el interés propio de los funcionarios puede sin duda afectar los datos relevantes. Una utilización interesada del análisis de costo beneficio puede ser realizada por grupos empresarios poderosos cuyo fin no sea el de disciplinar al Estado mediante un mejor análisis político, o redactar mejores reglamentos, sino el de reducir el nivel de reglamentación cualquiera fuera su contenido y su justificación (14).

XV. Conclusión

Esta acordada constituye una de las reformas más importantes en la decisión judicial. La Unidad de Análisis Económico deberá realizar estudios, positivos y normativos, tanto micro como macro económicos, y también una adecuada valoración de las consecuencias, como de los medios elegidos para cumplirlas. A través del análisis de costo beneficio otorgará a los jueces la información necesaria para dar contenido al control de razonabilidad. Se podrán prever adecuadamente los efectos de las sentencias judiciales. Si bien el mandato de la Unidad es fundamentalmente para los casos de la Corte Suprema, entiendo que sus estudios podrán ser consultados por todo el Poder Judicial que podrá mejorar la información previa a la sentencia. En suma, el Poder Judicial contará con la información adecuada con que sólo contaban hasta la fecha los otros poderes del gobierno, lo que permitirá un adecuado control sobre los actos públicos y una mayor posibilidad de resolver adecuadamente los conflictos entre particulares.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cf. ROPKE, Wilhelm, Introducción a la economía política. Unión Editorial, Madrid. 1974.

(2) Por ejemplo el Fallo Ercolano c. Lanteri de Renshaw de 1922 (LA LEY, Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, agosto/2003, p. 75) que habló de un 'monopolio virtual' de los locadores de viviendas, lo cual es un grave error, ya que se trataba simplemente de un aumento de la demanda de viviendas. Los considerandos insensatos de este fallo tuvieron graves consecuencias en el futuro.

(3) Cf. COOTER, Robert, The strategic constitution. Princeton University Press. 2002.

(4) La 'ética de la responsabilidad' [Verantwortungsethik] valora las consecuencias de los actos y confronta los medios con los fines, las consecuencias y las diversas opciones o posibilidades ante una determinada situación. Es una expresión de racionalidad instrumental, en el sentido que no sólo valora los fines sino los instrumentos para alcanzar determinados fines. Cf. WEBER, Max, El político y el científico. Alianza Editorial, 1992. Prólogo de Raymond Aron.

(5) Fernández Orquín, José M. c. Ripoll, Francisco. Fallos: 264:416. En este fallo se toma el discurso de los llamados economistas del desarrollo y se le da el contenido constitucional.

(6) Frank Knight en su obra Risk, "Uncertainty and Profit", 1921 "Riesgo, Incertidumbre y Beneficio", Destaca la distinción entre "riesgo" (aleatoriedad con probabilidades conocidas) e "incertidumbre" (aleatoriedad con probabilidades desconocidas), de esta manera señala la diferencia entre 'riesgo', que puede ser calculado e 'incertidumbre', que no puede ser calculada, la acción humana se encuentra en un marco de incertidumbre.

(7) EASTERBROOK, Frank H., The Supreme Court 1983 Term. Foreword: The Court and the Economic System. Harvard Law Review, Vol. 98:4.

(8) Cf. OLSON, Mancur, The logic of collective action: public goods and the theory of groups. Harvard 1971.

(9) SUNSTEIN, Cass, "Cognition and cost benefit analysis", en ADLER, Matthew - POSNER, Eric, Cost Benefit Analysis, University of Chicago Press, 2001, p. 223.

(10) SUNSTEIN, C., "Cognition...", cit., p. 257.

(11) SUNSTEIN, Cass, The Cost-Benefit State, Chicago Working papers in Law and Economics (Second series). Véase también POSNER, E., Controlling agencies with cost benefit analysis: A positive political theory

perspective, Chicago Working papers in Law and Economics, Chicago, 2001.

(12) Sobre el New Deal como un tercer régimen constitucional en los Estados Unidos puede verse la obra de ACKERMAN, Bruce, *We the People*, t. I: "Foundations", t. II: "Transformations".

(13) SUNSTEIN, C., *The Cost...*, cit., p. 13.

(14) SUNSTEIN, C., *The Cost...*, cit., p. 22.