

¿Por qué establecer el control de constitucionalidad?

La existencia del control judicial de constitucionalidad nos plantea una pregunta básica: ¿Por qué los constituyentes establecen el control?, o, en el caso que fuera creado por decisión judicial como en los Estados Unidos y en la Argentina, ¿Por qué mantienen su vigencia luego de varias reformas constitucionales? La redacción de una Constitución plantea una relación principal – agente, entre los constituyentes y la aplicación que esas normas tendrán en el futuro. A la luz del problema de agencia que aparece en el diseño constitucional, nos deberíamos preguntar ¿por qué los redactores, políticos con intereses propios, buscan establecer la revisión judicial de constitucionalidad? No es suficiente describir al control judicial como un artificio para proteger a los ciudadanos de las actividades de los políticos del futuro, sin explicar por qué sirve a los intereses de los políticos actuales quienes, al establecer o reformar la Constitución, ejercen un poder de veto para su vigencia. La respuesta depende de las posiciones de poder presuntas de los constituyentes en el gobierno post-constitucional. El diseño constitucional se asemeja a un juego de dos etapas:

- (i) Los constituyentes eligen instituciones que se encarnan en la Constitución.
- (ii) Los constituyentes luego participan en una elección post-constitucional. La elección determina si están aptos para participar en el gobierno y recibir remuneraciones. El panorama del éxito electoral y remuneraciones están, en parte, determinados por las opciones constitucionales, pero la verdadera elección es un sorteo al azar.

Para entender porqué los constituyentes en este juego pueden anhelar control judicial de constitucionalidad, se requiere de un breve repaso de las teorías en curso de independencia judicial. Un modelo influyente, propuesto por Landes y Posner, enfatiza el valor presente de la legislación¹. Una justicia independiente, puede impedir a futuros legisladores desviarse de convenios previos establecidos por la ley, aumentando el valor presente de la legislación para grupos de interés. En consecuencia, los políticos racionales buscarán mantener la independencia de los tribunales para maximizar el ingreso presente. En términos jurídicos, diríamos que para preservar en el futuro la vigencia de la legislación actual frente a las consecuencias de

¹ William Landes y Richard Posner. “Adjudication as a private good” *Journal of Legal Studies*, 1979, 8: p. 235.

resultados electorales adversos, los legisladores dan poder a los jueces para que apliquen y mantengan las normas actuales.

Esta teoría generó numerosas críticas, especialmente en lo que concierne a la posibilidad de la nueva legislatura de derogar la legislación inicial o bien, de reformar la interpretación judicial subsiguiente. Si una legislatura puede “corregir” la interpretación judicial de leyes, ¿qué puede prevenir a una futura legislatura de aprobar meramente nueva legislación cada vez que lo desee? En otras palabras, ¿cómo puede una Corte que sirve como una agencia de una legislatura previa, restringir a la actual legislatura de “vender” nueva legislación a un nuevo grupo de interés? Esta pregunta se destaca particularmente porque es la última legislatura quién controla el presupuesto y los salarios judiciales. El argumento de Landes y Posner tiene sentido para una legislatura que desee restringir a los organismos administrativos la capacidad de ignorar el acuerdo político establecido en la ley, pero los tribunales por sí solos no impiden a las futuras legislaturas de derogar compromisos establecidos por la ley.

Landes y Posner se concentran en la revisión judicial como un artificio de pre-compromiso, es decir, el poder judicial es el garante del acuerdo. En contraste, Ramseyer² adopta una perspectiva electoral. Argumenta que los políticos preferirán la independencia judicial cuando creen que probablemente perderán elecciones venideras. De lo contrario, es decir si creen que ganarán las elecciones, los políticos preferirán tribunales dependientes que puedan ser manipulados para obtener resultados favorables. La teoría de Ramseyer incluye una condición constitucional (probables elecciones futuras) y una condición política (improbable éxito futuro) y provee una **teoría adecuada de la correspondiente emergencia de la independencia judicial en el ámbito constitucional**. Demuestra con evidencia empírica que la competencia entre partidos en el poder permite la independencia judicial, mientras que **la falta de alternancia en el poder y la existencia de un partido hegemónico debilita a independencia de los tribunales**.

A pesar de que pueda argumentarse que otros políticos puedan revertir la independencia judicial en el futuro, cuando ya no sirva sus intereses, esta crítica tiene menos cabida en el contexto de la revisión constitucional. El problema de restringir coaliciones futuras puede existir para la legislación común, pero es menos relevante en el contexto de una prohibición constitucional y la revisión judicial. Modificar las Constituciones es costoso, mucho más que la legislación común, por lo tanto, el riesgo de derogación futura es menos relevante. Y si bien las Cortes supremas puedan ser manipuladas, eso es también políticamente costoso. Los constituyentes adoptan, de esta

² Mark Ramseyer. The puzzling independence of Courts: a comparative approach. Journal of legal studies, 1994, 23. p. 721.

manera, un sistema de revisión judicial por tribunales independientes para restringir a los futuros gobiernos que no pueden controlar.

La revisión judicial restringirá, por supuesto, a los constituyentes si terminan por asumir el poder. Entonces los constituyentes racionales preferirán una fuerte revisión judicial en la medida que se vean a sí mismos fuera del poder. Los políticos que se visualizan fuera del poder pueden buscar cierta restricción en el gobierno, a diferencia de aquellos que confían en que permanecerán en el poder luego de las elecciones post-constitucionales, éstos preferirán una restricción menor.

El control judicial como modelo asegurador

Una revisión judicial fuerte se convierte en una **estrategia minimax** para prevenir daños futuros a los constituyentes que puedan perder el poder. Este es el modelo asegurador de la revisión constitucional. Sirviendo como un foro para desafiar a la acción gubernamental, **la revisión constitucional proporciona una forma de seguro durante el convenio constitucional para los presuntos perdedores electorales.** De la misma manera que la presencia de los mercados de seguros disminuye los riesgos de contratación y así permite concluir contratos que de otra manera no serían demasiado riesgosos, la posibilidad de control judicial disminuye los riesgos de “hacer la Constitución” para aquellos constituyentes que crean que no podrán ganar poder. La revisión judicial ayuda a concluir los convenios constitucionales que, de otra manera, podrían fracasar. Como una forma de seguro, el control judicial es relativamente poco costoso ya que puede ser ejercida por una Corte compuesta por unos pocos miembros. Mientras que los jueces, como otras ramas de gobierno, pueden buscar expandir su presupuesto, es ciertamente más económico de establecer que, una segunda cámara legislativa (que puede proteger el convenio constitucional a través de sistema de representación diferente). O que un sistema de más complejo de sanción de las leyes, como dar a una cámara el derecho de ser la iniciadora de la legislación. De esta forma, hasta el punto de que la revisión judicial sirve a los intereses de los fundadores constitucionales restringiendo mayorías futuras, es una minoría económica. Como un artificio de reducción de riesgo, la revisión judicial tiene un valor positivo aún si no proporciona protección perfectamente completa contra todas las contingencias. Ningún artificio de reducción de riesgo es a toda prueba, así como los aseguradores pueden quedar en bancarrota, las Cortes pueden ser ineficaces. Pero si los logros esperados de un contrato de riesgo relativamente poco costoso exceden el riesgo potencialmente catastrófico de un esquema constitucional fallido, el control judicial debería ser adoptado.

La incertidumbre aumenta la demanda de seguro político que provee el control judicial. Bajo condiciones de alta incertidumbre, puede ser especialmente útil para los políticos adoptar un sistema de revisión judicial para afianzar el convenio constitucional y para asegurar que ellos pueden desafiar a la acción gubernamental luego del cambio electoral futuro. La existencia de elecciones - el *sine qua non* de la democracia - aumenta la incertidumbre y, de esta manera, la demanda de el control judicial. Los autócratas no tienen necesidad del control judicial. **La expansión del poder judicial alrededor del mundo es un reflejo de la democratización**, y no anti-democrático como lo sugirieron algunos analistas.

La discusión, en síntesis, puede ser entendida en términos de una simple desigualdad. Los constituyentes elegirán el control judicial sólo si los costos esperados de la pérdida electoral exceden los costos de agencia de la revisión judicial. Cuando el riesgo de pérdida electoral aumenta, hay un aumento correspondiente en el incentivo a adoptar el control judicial. Similarmente, cuanto mayor sea la lealtad de la judicatura hacia los constituyentes, ya sea por razones ideológicas o políticas, mayor será el incentivo a adoptar el control judicial, manteniendo constantes los riesgos electorales.

La teoría aseguradora es superior a la teoría del “pre-compromiso” en, al menos, un aspecto: asociando el control judicial a la incertidumbre electoral, nos ayuda a entender porqué hubo una expansión global del control judicial que acompañó a la reciente ola de democratización. No está del todo claro en la teoría del pre-compromiso porqué la revisión judicial podría acompañar la expansión de la democracia. En suma, ambas teorías difieren en sus predicciones empíricas. Si el pre-compromiso es necesario para entrar en un convenio constitucional, podríamos esperar que el nivel de restricción judicial aumentara cuanto mayor fuera el tamaño del partido dominante: habría una mayor demanda de tal compromiso por el temor de que el partido dominante ganase las elecciones post-constitucionales y atropellase a los partidos menores. Si el control judicial refleja las necesidades de asegurarse, podemos esperar que el nivel de restricción judicial disminuya cuanto mayor sea el tamaño del partido dominante. Esto es porque el partido dominante, sabiendo que es probable que gobierne luego de las elecciones post-constitucionales, querrá máxima flexibilidad. Un partido contrario al riesgo preferirá, por ejemplo, una oportunidad segura de gobernar por un año a una oportunidad de una en cuatro de gobernar por cuatro años. Mientras que es probable que estos partidos contrarios al riesgo valoren el control judicial, ya que saben que estarán fuera del poder por tres años, también los partidos neutrales al riesgo valorarán la revisión judicial, ya que es todavía más probable que ellos no estén fuera del poder. Asegurarse es efectivo en la medida que exista incertidumbre intertemporal entre el tiempo en que se elijan las instituciones y el tiempo en que de hecho comiencen a operar. Ciertos elementos técnicos de seguro

pueden encajar en la analogía al control judicial, pero no son necesarios para la teoría. Por ejemplo, saber que la revisión judicial está disponible, puede hacer que los miembros de un partido trabajen menos en elecciones futuras, ya que la presencia del control judicial reduce las consecuencias absolutas de la pérdida electoral. Esto puede verse como una forma de riesgo moral.

Las formas del control de constitucionalidad.

A pesar que nominalmente es ejercitado en beneficio de los ciudadanos y habitantes, el control judicial de constitucionalidad cumple una función aseguradora para los políticos que consideran que perderán el poder en las próximas elecciones. La extensión y poder del control judicial puede aumentar en forma relativa al grado de incertidumbre política en el momento del diseño constitucional. El diseño constitucional de tribunales constitucionales refleja los intereses de los partidos políticos dominantes y el concepto que tribunales independientes y poderosos se asocian con situaciones de bloqueo y dispersión políticas.³

El control judicial de la constitucionalidad de la legislación y de los actos administrativos es una característica central de muchos sistemas constitucionales. ¿Que colaboración puede prestar el análisis económico para comprender el diseño de control constitucional? Esto supone plantearse preguntas fundacionales, como saber en beneficio de quien se ejerce el control judicial y determinar el papel de monitoreo por terceros.

Los contractualistas consideran a la democracia constitucional como un mecanismo para satisfacer las preferencias individuales a través de la acción colectiva. Establecen una analogía del esquema de democracia constitucional con una serie de relaciones entre principal y agente, en la que el pueblo confía en los políticos como agentes para satisfacer sus demandas colectivas. Si el pueblo es el principal en cuyo beneficio se crea la Constitución, entonces el diseño de la justicia constitucional debe responder al monitoreo de los agentes políticos. La revisión constitucional de la legislación existe para impedir a los políticos que abandonen el acuerdo fundacional con los ciudadanos.

Bajo estas circunstancias, es probable que los políticos que redactan la constitución busquen diseñar instituciones que los beneficien en forma estrecha antes que a los ciudadanos en forma amplia.

Puede dudarse que el diseño constitucional refleje los intereses de los ciudadanos. El diseño constitucional reflejaría los intereses de los

³ Tom Ginsburg, ECONOMIC ANALYSIS AND THE DESIGN OF CONSTITUTIONAL COURTS, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2002

ciudadanos si los políticos constituyentes fueran agentes puros de esos ciudadanos. Pero esto no es estrictamente el caso, porque los ciudadanos están sujetos a los problemas de acción colectiva que les impiden organizarse y monitorear los debates constitucionales. Por lo tanto, existe una razón teórica para sospechar que los políticos pueden explotar esta incapacidad de los ciudadanos para avanzar sus propios intereses. Mucha evidencia empírica sostiene que la redacción constitucional esta dominada por intereses de corto plazo de los constituyentes antes que los intereses de largo plazo de los ciudadanos.⁴ Bajo estas circunstancias, es probable que los políticos que redactan las constituciones diseñen instituciones que los beneficien en forma precisa o ajustada antes que a los ciudadanos en forma amplia.

La interpretación constitucional y el control judicial.

El primer argumento que se puede dar a favor del control judicial de constitucionalidad es un argumento que parece derivar lógicamente de la noción de supremacía de la Constitución, de modo que si se admite tal supremacía esta institución parece derivar con necesidad lógica, sin que requieran consideraciones de carácter fáctico o valorativo.⁵

Este argumento es el contenido en el voto de John Marshall en “Marbury v. Madison” y está expuesto con tanta claridad y consistencia que bien se puede hacer referencia a él como “la lógica de Marshall”. Lo que el argumento dice simplemente es que el caso de un conflicto entre la Constitución y una ley, el juez no tiene más remedio que aplicar la Constitución, dejando de la ley, o aplicar la ley a expensas de la Constitución; y que si la Constitución se reconoce como ley suprema, lo que implica que no solamente es una ley sino que también define que otras normas son leyes y que no puede ser derogada por el legislador como una ley ordinaria, sólo cabe la primera posibilidad, ya que de lo contrario las constituciones serían “*vanos intentos del pueblo de limitar lo ilimitable*”.

Podría ocurrir que en algunas cuestiones uno de los poderes políticos pueda ser el interprete final. Esta es la base de la argumentación de la existencia de las cuestiones políticas. Frente a ella se plantea la posición de que el conocimiento de ***todas las causas*** que versen

⁴ Por esta razón es preferible la evolución constitucional a través de fallos judiciales que las reformas constitucionales por Convenciones constituyentes.

⁵ NINO, C.S., Fundamentos de derecho constitucional. Astrea, Buenos Aires, 1992. pp. 674, 682. Esta obra de Nino además de ser una acertada visión del derecho constitucional observado desde la teoría general del derecho, es además el principal acercamiento contemporáneo de la teoría constitucional argentina al derecho norteamericano. Reinicia la gran tradición argentina de acercamiento al derecho americano como fuente de inspiración.

sobre puntos regidos por la Constitución ⁶ pueden dar lugar a proceso y por lo tanto pueden dar lugar al ejercicio pleno del control judicial de Constitucionalidad.. La frase determinante de John Marshall “es enfáticamente la provincia y el deber del departamento judicial decir lo que la ley es”.

de la misma manera en el caso *U.S. vs. Nixon*⁷ la Corte Suprema sostuvo que era el deber del poder judicial determinar el significado de la Constitución, al rechazar el planteo presidencial que era función del poder ejecutivo definir los límites del privilegio ejecutivo el Chief Justice Warren Burger escribiendo en nombre de la Corte dijo:

“el abogado del Presidente... interpreta la Constitución como estableciendo un privilegio absoluto de confidencialidad para todas las comunicaciones presidenciales. Muchas decisiones de esta Corte, sin embargo, han reafirmado inequívocamente el holding de Marbury vs. Madison que ‘es enfáticamente la provincia y el deber del departamento judicial decir lo que la ley es’”.

El caso Marbury vs. Madison.

Marbury vs. Madison es la decisión más importante del derecho Constitucional americano y sin duda un fallo que ha influido en nuestro derecho Constitucional y en todo el sistema de control de Constitucionalidad. Establece la autoridad para el poder judicial de revisar la Constitucionalidad de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo. A pesar que la Constitución guarda silencio sobre si los tribunales federales tienen esta autoridad, esta competencia ha existido prácticamente sin disputa desde que el Chief Justice Marshall diera su opinión en el caso *Marbury* en 1803.

La elección del año 1800 fue muy disputada, oponía al Presidente John Adams del partido Federalista y a su principal oponente Thomas Jefferson del partido Republicano. Jefferson venció en el voto popular y el Presidente Adams salió tercero. En enero de 1801 el secretario de Estado de Adams, John Marshall, fue nombrado como *Chief Justice* de los EE.UU., el tercero desde la creación de la Corte Suprema. Hasta que finalizara el mandato de Adams, Marshall cumplió funciones tanto como Secretario de Estado y *Chief Justice*. Adams y los federalistas deseaban mantener algo del poder perdido en esta grave derrota electoral. El 27 de febrero de 1801 menos de una semana antes de que terminara el mandato de Adams el Congreso adoptó la ley orgánica del Distrito de Columbia que autorizaba al Presidente a nombrar cuarenta y dos jueces de paz. Adams anuncio sus nombramientos el 2 de marzo y el 3 de marzo, el día anterior a la inauguración de Jefferson el Senado confirmó los nombramientos, inmediatamente el Secretario de Estado y al mismo tiempo *Chief*

⁶ art. 116 de la Constitución argentina. Esta norma es originalmente una regla procesal establece la jurisdicción de los tribunales federales. Puede existir también un argumento circular ya que si se establece que todas las causas sobre puntos regidos en la Constitución pueden dar lugar al control judicial esto no resuelve la cuestiones que no sean causas y no son causas por que son cuestiones políticas.

⁷ Ver más adelante cita completa del caso US v/ Nixon.

Justice John Marshall firmó los despachos de todos los individuos y envió a su hermano James Marshall para que los entregara. Algunos nombramientos incluyendo uno para un señor William Marbury no pudieron ser entregados antes de la asunción del mando por Jefferson. Este último, ya Presidente, instruyó a su Secretario de Estado James Madison para que retuviera los nombramientos no entregados.

Marbury presentó una demanda ante la Corte Suprema de Estados Unidos pidiendo un *writ of mandamus*, es decir un equivalente a un mandamiento judicial, en el que ordenara a Madison como Secretario de Estado a entregar el nombramiento. Marbury señaló que de acuerdo a la *Judiciary Act* de 1789 se autorizaba a la Suprema Corte a otorgar estos mandamientos en un procedimiento que iniciaba ante ese tribunal a través de una vía originaria. A pesar de que la petición de Marbury fue presentada en diciembre de 1801 la Corte no la trató hasta 1803 porque el Congreso por una ley abolió los plazos de actuación (*terms*) de julio y diciembre.

El holding.

La Corte suprema falló en contra de Marbury y sostuvo que no podía Constitucionalmente oír un caso dentro de la competencia originaria del tribunal. La Corte sostuvo que a pesar de que el *Judiciary Act* de 1789 autorizaba esta jurisdicción esta norma era inconstitucional porque el Congreso no podía ampliar la jurisdicción originaria más allá de las situaciones enumeradas en la Constitución.

Debe considerarse que la Corte solo trató una cuestión de jurisdicción, dijo que no tenía la competencia para tratar el caso y todas las demás consideraciones efectuadas, tal como considerar si el nombramiento era correcto y si el poder judicial tenía la capacidad de rever una decisión ejecutiva eran básicamente impropias. Políticamente Marshall sabía que una decisión a favor de Marbury hubiera sido inútil ya que la administración de Jefferson la hubiera ignorado y esto hubiera minado la autoridad de la Corte desde el inicio de su historia. Por lo tanto puede haber incluido las partes iniciales de su opinión simplemente para señalar a la administración de Jefferson que había negado indebidamente a Marbury su comisión sabiendo que esto era lo máximo que Marshall podría hacer en favor del demandante. Otro punto a plantearse era saber si existía un conflicto de interés entre Marshall que había sido Secretario de Estado y firmado el nombramiento y responsable para su comunicación y luego redactor de la opinión del tribunal. Esta participación de Marshall en los hechos que dieron lugar al caso habría dado fuertes argumentos para indicar que debía excusarse.

La realidad es que Marshall percibió que el caso presentaba una oportunidad única, la de establecer el control judicial de Constitucionalidad en un contexto que no era probable que diera

lugar a oposición. La norma declarada inconstitucional era una que había ampliado las competencias del poder judicial y que la administración Jefferson no apoyaba ni había aprobado y que por lo tanto prefería ver declarada nula.

El Chief Justice Marshall estructuró su opinión alrededor de tres preguntas. La primera era, ¿tenía derecho Marbury al nombramiento? La segunda era *“si las leyes de este país le otorgaban un remedio”*. La tercera si en caso que fuera afirmativo era la Corte Suprema quien podía conceder ese remedio. Marshall fue respondiendo estas preguntas en ese orden.

Con respecto a la primera la Corte concluyó que Marbury tenía el derecho al nombramiento porque se habían seguido todos los procedimientos apropiados *“es... decididamente la opinión de la Corte, que cuando un despacho ha sido firmado por el Presidente el nombramiento está hecho; y que el nombramiento se completa cuando el sello de los Estados Unidos ha sido fijado en él por el Secretario de Estado.”* La opinión contraria era posible ya que el Presidente Jefferson había expresado que existía un principio de derecho nunca contradicho que la notificación era uno de los elementos esenciales para la validez del acto. Pero la Corte rechazó esta idea y estableció que la notificación era meramente una costumbre y que por lo tanto la retención del nombramiento de Marbury había *“violado un derecho legal investido”*.

La segunda pregunta es ¿le otorgan a Marbury las leyes un remedio? La respuesta inicial de Marshall a esta pregunta fue que *“la propia esencia de la libertad civil consiste ciertamente en el derecho de cada individuo a reclamar la protección de las leyes en cualquier lugar que él reciba un agravio”*. La cuestión específica era saber si la Corte podía conceder a Marbury un remedio contra una inacción de la rama ejecutivo del gobierno. La Corte respondió esto declarando que *“el gobierno de los Estados Unidos ha sido llamado enfáticamente un gobierno de leyes y no de hombres.”* En otras palabras ninguna persona ni siquiera el Presidente está por encima de la ley.

La Corte entonces marcó una distinción sobre cuando el poder judicial podía conceder un remedio, esto ocurriría cuando existía un deber específico hacia una persona particular pero no cuando hay una cuestión política dejada a la discreción del ejecutivo. Marshall escribió *“Cuando las cabezas de los departamentos son los agentes políticos o confidenciales del ejecutivo, meramente para ejecutar la voluntad del Presidente, o para actuar en casos en los cuales el Ejecutivo posee una discreción Constitucional o legal, nada puede ser más perfectamente claro que sus actos sean examinables políticamente. Pero cuando un deber específico está asignado por la ley, y derechos individuales dependen del cumplimiento de este deber, aparece igualmente claro que el individuo que se considera agraviado tenga el*

derecho de recurrir a las leyes de este país por un remedio". La Corte volvió a esta distinción al considerar el próximo tema, es decir si el mandamiento o el *mandamus* era el remedio adecuado al pedido de Marbury.

Tercera cuestión, ¿puede la Corte suprema conceder este remedio? ¿Es el *mandamus* el remedio adecuado? Al considerar la primera pregunta la Corte nuevamente utilizó la distinción entre actos ministeriales, es decir, cuando el Ejecutivo tienen la obligación de actuar y actos políticos que son los que están bajo su discreción. El control judicial incluyendo la concesión de un mandamiento solo podía ser apropiada bajo la primera circunstancia. El juez Marshall dijo "*Cuestiones, en su naturaleza política, o que son, por la Constitución y las leyes, sometidas al Ejecutivo, nunca pueden ser planteadas en esta Corte... pero cuando las cabezas de los departamentos están obligados por la ley a realizar algún acto que afecta los derechos absolutos de los individuos, ... no es percibido en que terreno las Cortes del país puedan excusarse de la obligación de dictar sentencia que se le reconozca derecho al individuo agraviado.*"

El caso Marbury establece entonces la competencia de la justicia de revisar la Constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo. algunos temas como el veto un proyecto de ley o la designación de un funcionario, están dentro de la discreción presidencial y no pueden ser revisados judicialmente. Pero cuando el poder ejecutivo tiene una obligación legal de hacer o de no hacer la justicia puede proveer remedio, incluyendo un mandamiento. La decisión de la Corte Suprema señalando que tenía autoridad de revisar los actos del ejecutivo atrajo una fuerte crítica, pero como la Corte había anunciado esta capacidad en un caso en el cual había decidido en favor del Presidente no hubo confrontación y no podía haber una desobediencia a la orden judicial. El poder de los tribunales federales de revisar los actos presidenciales es la base de muchas decisiones de la Corte Suprema a través de la historia de los Estados Unidos, probablemente la más notable sea *U.S. vs. Nixon* en la cual la conclusión del tribunal, su *holding* que el Presidente debía cumplir con las ordenes judiciales y proveer las grabaciones de sus conversaciones para ser utilizadas como pruebas en una investigación penal llevó a la renuncia del Presidente Richard Nixon.

Luego que concluyó que la sección 3^a de la *Judiciary Act* de 1789 autorizaba un mandamiento basado en la jurisdicción originaria la Corte entonces considero si aquella era violatoria del art. III. La Corte suprema concluyó que este artículo enumeraba todas las hipótesis de la jurisdicción originaria y que el Congreso no podía ampliarlas. El art. III establece la jurisdicción originarios para casos "*de embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en que un Estado sea parte.*" La Corte dijo que el Congreso no podría ampliar esta lista. El juez Marshall estableció :

“si hubiera sido la intención de dejar esto en la discreción de la legislatura de establecer el poder judicial entre la Suprema Corte y los tribunales inferiores de acuerdo con la voluntad de tal cuerpo, hubiera ciertamente sido inútil de haber procedido más allá que lo que estaba definido en el poder judicial, y en los tribunales en los cuales está investido”.

Más adelante Marshall agregó que de aceptarse la posibilidad de ampliar la jurisdicción originaria de la Corte suprema por ley, la enumeración del artículo III hubiera sido *“una mera redundancia,... enteramente sin significado”*, si el Congreso pudiera ampliar más áreas de jurisdicción. El análisis de Marshall nuevamente puede ser puesto en cuestión, la enumeración del art. III puede tener significado aun cuando el Congreso pudiera ampliar las posibilidades de jurisdicción originaria. Esta norma podría ser considerada como el piso, una concesión mínima de jurisdicción que no puede ser reducida por el Congreso.

Más allá de cualquier interpretación alternativa posible la decisión de la Corte de que el Congreso no podía ampliar la jurisdicción originaria de ese tribunal permanece vigente hasta hoy. Sin embargo, la conclusión de la Corte de que las categorías entre jurisdicción originaria y apelada son mutuamente excluyentes no ha sido seguida. En otros casos posteriores ella considero que el Congreso puede ampliar la jurisdicción de los jueces federales concediéndoles competencia en casos en que la Corte tiene jurisdicción originaria.⁸

Lino de la Torre s/ Recurso de Hábeas Corpus. (Fallos 19:231). Buenos Aires, Agosto 21 de 1877.

...ésta es toda la cuestión, muy delicada ciertamente y de mucha importancia; pero no muy difícil de resolver, a la luz de las buenas doctrinas.

El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.

?Qué sucede, pues, en la República que nos ha servido de modelo,..?

Este fallo es de particular importancia porque está firmado por José Benjamín Gorostiaga. En la disidencia Saturnino Laspiur hace también un análisis de los precedentes norteamericanos por lo que el

⁸ cf *Ames vs. Kansas, ex. Rel. Johnson* en 1884. Más generalmente al considerar que el art. III es el techo de la jurisdicción federal *Marbury* ayudó a establecer el principio de que los tribunales federales son Cortes de jurisdicción limitada y que el Congreso no puede ampliar la jurisdicción establecida en el art. III de la Constitución.

fallo de la Corte argentina es un debate sobre precedentes de un tribunal extranjero.

Sojo Fallos 32:120

la Corte aplicó una inconstitucionalidad de oficio al argüir a favor de la aplicación del precedente de Marbury no citado por las partes. Utilizó la doctrina americana sin que existieran las características de duda en el cumplimiento de la decisión judicial que aparecen en Marbury.

En el dictamen el Procurador general Eduardo Costa sostiene la vigencia de la ley 48 en cuanto al hábeas corpus, *“los que han deducido este recurso en la Capital, todos han recurrido directamente a V.E. prescindiendo de los jueces de sección.”* Agrega más adelante, *“Surge hasta ahora la duda acerca de si todos hemos estado equivocados: acerca del derecho con que V.E. ha conocido originariamente estos recursos.”* Cita en su apoyo a la doctrina americana y agrega *“Estando de perfecto acuerdo la doctrina establecida por esta Corte con la que rige para la Corte americana, no veo la necesidad de investigar, si el Congreso ha podido ampliar los casos de jurisdicción originaria que la Constitución determina.”* Cita finalmente a Marshall en el caso “Bunford” *“Hay alguna oscuridad en la ley del Congreso, y algunas dudas se han suscitado en la Corte con respecto a la interpretación de la Constitución. La Corte, sin embargo, a favor de la libertad, hace lugar al recurso”.*

El fallo es del 22 de septiembre de 1887.

Dice: *“La misión que incumbe a la Suprema Corte de mantener a los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitución, la obliga a ella misma a absoluta estrictez para no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales.”*

“No es dado a persona o poder alguno, ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución Nacional.”

“La Constitución argentina y la de Estados Unidos, concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la Suprema Corte, y los fallos de la de los Estados Unidos, así como las opiniones de sus más reputados expositores están contestes en que no puede darse caso ni por ley del Congreso que altere la jurisdicción originaria de la Corte extendiéndola a otros casos que a los que la Constitución imperativamente la ha limitado, de tal modo que la ley y el auto que en transgresión se dictase, no sería de efecto alguno.”

“La redacción de los textos de la Constitución Nacional y de la americana en los artículos de la referencia, que no difieren sino el orden metódico de sus incisos, es en la argentina más clara respecto de la limitación de los casos en que ambas preceptúan que debe entenderse la Corte originariamente.”

Sojo es, en los hechos, el primer caso en que la Corte declara una ley federal inconstitucional, en este caso la ley 48 cuando establecía que

el Tribunal tenía jurisdicción originaria y exclusiva en casos de habeas corpus. La declaración no fue expresa sino implícita.

Cooper vs. Aaron. en 1958.

En este caso un juez federal ordeno la desegregación de las escuelas publicas en Little Rock, Arkansas. Las autoridades estatales desobedecieron esta orden en parte basadas en la preocupación expresada que el cumplimiento llevaría a actos de violencia y en parte basados en la argumentación de que no estaba obligada a cumplir con las sentencias de desegregación dispuestos por los jueces federales.

En una opinión inusual ya que fue individualmente firmada por cada Justice la Corte suprema rechazó esta posición y enfáticamente declaro: *“el artículo VI de la Constitución hace a la Constitución ‘la ley suprema de la Nación’ (the supreme Law of the Land)... Marbury vs. Madison... declaró el principio básico que la justicia federal es suprema en la exposición de la ley de la Constitución y que tal principio ha sido desde entonces por esta Corte y por la Nación como una característica indispensable de nuestro sistema Constitucional... Cada legislador estadual y funcionario ejecutivo y judicial están solemnemente comprometidos por juramento a ‘sostener esta Constitución’”*.

McCulloch vs. Maryland.

La Constitucionalidad del Segundo Banco de los Estados Unidos. El debate sobre los derechos implícitos, la hegemonía del gobierno federal al controlar las finanzas y también sobre la interpretación dinámica de la Constitución.

El debate se esboza en el Primer Banco de los Estados Unidos durante la presidencia de Washington, 1791. se oponen por inconstitucional Madison que era representante y Jefferson el Secretario de Estado lo defiende Hamilton el Secretario del tesoro, el debate se centra en las facultades implícitas del Congreso. Jefferson no es un poder “necesario”, Hamilton asocia la actividad bancaria a la función de cobrar impuestos. El Banco no fue renovado cuando se venció la carta de 20 años. La oposición vino de los sectores agrarios partidarios de la autonomía estatal y particularmente de los bancos privados.

Fue establecido en 1815 luego de la guerra de 1812 y pro las prácticas irresponsables de los bancos estatales. La Asamblea de Maryland impuso un impuesto a todos los bancos que no estuvieran concedida la carta por la legislatura local. La ley fue aprobada por el primer Congreso luego de la Constitución y no pasó desapercibida.

Argumento histórico.

- 1.) El gobierno procede directamente del pueblo y no de los estados. El gobierno es enfáticamente el gobierno del pueblo. El fin de la soberanía estadual.
- 2.) La extensión de los poderes legislativos dentro de la Constitución. Reconoce que todas las competencias

no están mencionadas en la Constitución pero dice que para tener un detalle exacto de todas las subdivisiones de las cuales sus grandes poderes requieren y de todos los medios necesarios para su ejecución tendría la extensión de un código que no podría ser comprendido abrazado por por la mente humana. **No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando.**

- 3.) La **necessary and proper clause**, si el fin es legítimo, si está dentro del marco de la Constitución y todos los medios adaptados al fin que no estén prohibidos pero coinciden con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales.

La Constitución tiene la intención de **durar por en las edades futuras** (ages to come) y por lo tanto **adaptarse a las crisis variadas de los asuntos humanos.**

La estructura del precedente constitucional.

La primera distinción que debe realizarse entre el precedente judicial y el precedente constitucional es que este último no necesita el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la validez de sus decisiones. Si en cuanto a la posibilidad de creación jurídica en forma habitual por los jueces se puede hacer la distinción tradicional entre el *common law* y el derecho legislado en el segundo caso esa distinción no es válida para los sistemas que reconozcan el control judicial difuso de constitucionalidad. En efecto, en todos ellos existe una Constitución escrita y suprema que es aplicada por jueces que ejercen el control de su vigencia sobre el resto del ordenamiento jurídico. Este control se ejerce por igual sobre derecho legislado que sobre precedentes judiciales. Finalmente existe una Corte Suprema de Justicia que es el interprete final de la Constitución y la que establece los precedentes válidos que serán aplicados por legisladores y jueces. Es la misma Corte la que deberá controlar el cumplimiento de sus precedentes ante otros órganos legislativos o jurisdiccionales que no reconozcan su ejemplaridad. Por lo tanto si existe una distinción entre *common law* y derecho legislado esta no se extiende a los precedentes constitucionales.

Es cierto que el *common law* con su experiencia en analizar precedentes ha tenido una gran influencia en la interpretación de precedentes constitucionales. El abogado y juez del *common law* tienen un mayor entrenamiento en la utilización de fallos como creadores de derecho y esta capacidad es fácilmente trasladable en la interpretación de la Constitución a través de la jurisprudencia. El desarrollo del estudio de los precedentes constitucionales fue influido por las doctrinas de Jeremy Bentham que fuera el padre del positivismo inglés, era muy crítico del poder de los jueces e insistió que el hecho de la legislación judicial a través de los precedentes tenía

que ser reconocido y si era posible reformado. Esta doctrina tuvo una considerable influencia en el Reino Unido y luego en los EE.UU., de dos maneras, primero las teorías positivistas del precedente desarrollaron un sistema más estricto del *stare decisis*; al mismo tiempo se estableció una mayor preocupación teórica en las reglas que creaban precedentes y en los elementos en los precedentes que eran realmente vinculantes lo que incluye investigar la idea de *ratio decidendi*.

La coherencia en la interpretación de normas constitucionales a través de muchos casos y las prácticas interpretativas dirigidas a asegurar una coherencia general de todo el sistema jurídico son fundamentales en sociedades que adhieren a un orden jurídico 'racional'.⁹ Un argumento similar en favor de la fuerza normativa de los precedentes concierne valores constitucionales fundamentales. Que los tribunales mantengan la uniformidad del derecho y su interpretación y aplicación de caso a caso debe ser considerado un requerimiento para asegurar el estado de derecho, que supone el tratamiento igual para todos los individuos en el sentido de la igualdad formal ante la ley.

El termino precedente tiene un número diferente de significados. Es a veces aplicado, sin demasiado análisis, a un cuerpo de fallos previos supuestamente relevantes, en general esto ocurre cuando los abogados de las partes acumulan citas durante un recurso. Al mismo tiempo precedente puede ser utilizado como el resultado de una decisión particular que se considera de cierta importancia. Finalmente el termino puede ser utilizado para referirse a una norma más amplia que la decisión en un caso particular puede establecer. El análisis de la estructura del precedente se concentra en los dos últimos significados.

Partimos del concepto de precedente como la decisión en un caso por un tribunal al que se considera que provee de ejemplaridad para un caso idéntico o similar que apareciera posteriormente.¹⁰ En el caso mencionado proviene de una decisión expresa de un tribunal pero existen los precedentes *sub silentio* que es una práctica uniforme y silenciosa, ininterrumpida pero no basada en una decisión legal.

La primera cuestión es la necesidad de definir con algún grado de precisión cual es el elemento que se debe extraer de una decisión, lo que se llama la *ratio decidendi*, distinguir entre los elementos relevantes jurídicamente y las cuestiones circunstanciales e irrelevantes de decisiones o precedentes anteriores. El principal elemento de discusión entre juristas es saber cual es la *ratio decidendi*

⁹ En el sentido que Weber da al término.

¹⁰ Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY, 4th. Ed. West Publishing Co. St. Paul Minnesota. 1968 p. 1340

en un caso y como esta debe ser establecida para el futuro. Esto supone diferenciar el elemento normativo o vinculante del precedente de tras afirmaciones hechas por los jueces que intervienen en el caso generalmente llamadas *obiter dicta*.

Obiter dictum o dicta significa un comentario al pasar, esto es, una observación hecha por un juez al expresar su opinión en un caso. Es concerniente a alguna norma, principio o aplicación del derecho pero no necesariamente relativa al caso o esencial para su resultado. Es una declaración sobre derecho enunciada por el tribunal meramente como ilustración, argumento analogía o sugerencia. No tienen la fuerza del precedente.¹¹ La consecuencia del precedente es la *stare decisis* que significa adherir a los casos decididos, es la doctrina de los tribunales de no variar en un punto de derecho que ya ha sido decidido previamente en una causa similar. Cuando una cuestión de derecho ha sido establecida por una decisión y forma un precedente el cual no se debe variar por el mismo tribunal o por un tribunal inferior a menos que ello fuera necesario para reivindicar obvios principios de derecho o remediar una injusticia continua. La doctrina se encuentra limitada a determinaciones con respecto a cuestiones litigadas y decididas necesariamente pero no es aplicable a los *obiter dicta*.¹²

La "pendiente resbaladiza" en la interpretación constitucional.

La expresión en el artículo 14 de la Constitución Nacional, “de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio” como límite a los derechos individuales, ha establecido el criterio que los derechos no son absolutos sino relativos, sin mayor aclaración. Esto ha llevado a **una pendiente resbaladiza** hacia la negación de algunos derechos.

Esta situación se plantea cuando un interprete de la Constitución, un juez por ejemplo, acepta una interpretación particular sobre la extensión de una norma constitucional, pero teme que si esta doctrina es aceptada pueda llevar a una interpretación ulterior que considere incorrecta. En estas circunstancias una actitud del juez podría ser la de negarse a aceptar la primera interpretación extensiva sobre una norma constitucional porque podría llevar a una interpretación definitivamente errónea en posteriores casos. Es la expresión de James Madison que sostenía que había que alarmarse ante el primer experimento sobre nuestras libertades. La alternativa es la de aceptar los beneficios inmediatos de la primera interpretación extensiva y tener la esperanza que la interpretación posterior negativa nunca tendrá lugar. Este último caso es el del origen de teorías como el

¹¹ cf. BLACK'S p. 541.

¹² Cf. BLACK'S p. 1578.

derecho de la emergencia o de la interpretación dinámica que tuvieron orígenes modestos y luego se ampliaron a situaciones riesgosas para la protección de los derechos individuales.¹³

Podemos imaginar situaciones en la que el establecimiento de una doctrina constitucional ha facilitado la implementación de otras doctrinas basadas en ella que no estaban en la imaginación de quienes la desarrollaron originalmente. Estas son las **pendientes resbaladizas** que los interpretes constitucionales deben prever antes de establecer un precedente constitucional. Estas pendientes resbaladizas pueden ocurrir aún cuando una distinción clara pueda establecerse entre la primera decisión y la segunda, en estos casos no solamente debemos preguntarnos si podemos trazar una línea entre una primera decisión A y una decisión B posterior sino plantearnos si es posible que si adoptamos la decisión A otros interpretes, ya sean jueces o legisladores aceptarán el trazado de un límite y no la extenderán hacia la decisión B.

Este tipo de pendientes resbaladizas tienen una relación con la dependencia del camino. Una vez que la decisión B ha sido tomada es generalmente asumido que ha sido consecuencia de poderosas fuerzas sociales que han predeterminado su adopción. Pero puede ocurrir que la decisión B no sea producto del 'progreso social' sino simplemente de una decisión A anterior que sesgó la evolución de las normas posteriores de un camino hacia otro, llevando hacia la decisión B que en otras circunstancias no hubiera ocurrido. De esta manera en un precedente se crea una doctrina que aparece inofensiva para resolver un caso, y que luego esa línea argumental lleva a interpretaciones fuertemente limitativas de derechos individuales que no hubieran podido ser originalmente previstas en la decisión original.

Cambio de actitudes.

Las pendientes resbaladizas llevan también a un cambio en las actitudes. El derecho afecta el comportamiento aunque las normas no impongan una sanción o aunque esta sanción no fuera aplicada. De esta manera el poder expresivo del derecho cambia el comportamiento político de la sociedad al llevarlo a aceptar propuestas que no hubieran aceptado originalmente.

La existencia de pendientes resbaladizas puede llevar a soluciones ineficientes, si un intérprete constitucional, legislador o juez, considera que una posible decisión A es socialmente beneficiosa, pero el temor que llevara eventualmente a la decisión B puede llevar que la decisión A no sea adoptada. La respuesta a la pregunta ¿Cuál es la probabilidad que la deseable decisión A lleve a la indeseable decisión B? es plantearnos esta nueva pregunta ¿Qué debemos hacer para

¹³Eugene Volokh, THE MECHANISMS OF THE SLIPPERY SLOPE, Harvard Law Review, February, 2003.

impedir que la decisión A lleve a la decisión B, de tal manera que podamos adoptar A sin riesgo que sobrevenga B?

Los argumentos ad hominem.

La primera respuesta es la existencia de una cultura constitucional que excluya comportamientos antirrepublicanos. Esto supone probablemente la existencia de argumentos *ad hominem*, es decir, plantear la oposición a quienes puedan asumir este tipo de comportamientos.

Pero fundamentalmente imaginar la existencia de tendencias resbaladizas en la legislación o en los reglamentos da una mayor importancia a dos aspectos de la decisión judicial, el respeto de los precedentes o *stare decisis*, y la deferencia hacia la opinión del legislativo, que es una forma de la autolimitación judicial. En ambos casos los jueces deben tener presente que en la ausencia de un conocimiento absoluto y del consiguiente control de las consecuencias de sus decisiones deben evitar utilizar doctrinas que puedan crear pendientes resbaladizas. Aún en los casos que existan precedentes muy consolidados pero que tengan consecuencias interpretativas cuyos redactores no previeron. Esto significa que una decisión A estaría basada en un fundamento F y que este fundamento F justificaría la decisión indeseada B. Un tribunal inferior a la Corte Suprema, que considera al precedente vinculante, podría utilizar este fundamento F tomado de la decisión A para aceptar B que no estaba incluido en las intenciones del precedente original.

De la misma manera no puede existir una deferencia a la decisión del legislativo cuando la ley aprobada pueda tener consecuencias no previstas en el momento de su sanción. Esta forma de control judicial permitirá que puedan tomarse decisiones sin el riesgo que interpretaciones posteriores las desnaturalicen. La falta de previsión de la tendiente resbaladiza en la interpretación es la causa por la cual muchos jueces son renuentes a aceptar nuevos principios que no tengan límites coherentes y bien descriptos. Puede mencionarse el argumento utilizado por la Corte de Estados Unidos en *Hustler vs. Falwell*,¹⁴ “ *si fuera posible establecer un estándar de principios para separar (el ataque a Jerry Falwell) de las caricaturas políticas tradicionales, el discurso público probablemente sufriría un pequeño o ningún daño*’ pero, consideraron que “*pero dudamos que exista ese estándar y estamos suficientemente seguros que la descripción peyorativa ‘enfurecedor’ no provee de uno.*” Por lo tanto, al prever que podría haber interpretaciones ‘resbaladizas’ si hubieran determinado un estándar sobre la limitación del discurso político aún en

¹⁴ Se remite al capítulo de libertad de expresión de este libro sobre discurso ‘enfurecedor’.

circunstancias extremas, la Corte prefirió otorgar una protección amplia a todo tipo de discurso político.

El concepto de eficiencia en los fallos de la Corte Suprema.

Habitualmente el concepto de eficiencia es asociado con la noción de cumplir un objetivo al menor costo posible. A este concepto de eficiencia en la producción puede también incorporarse el **concepto de eficiencia en la adjudicación**. Hay quienes han tenido una opinión negativa de la eficiencia como concepto constitucional. **Daría la impresión que preferirían un Constitución que patrocinara una utilización ineficiente de los recursos.**¹⁵

Los precedentes de la Corte Suprema han considerado el concepto de eficiencia en un sentido genérico como elemento de formación del principio de razonabilidad. De esta manera la Corte se incorpora a la existencia de la razonabilidad económica. Si bien en los precedentes que se mencionan a continuación, la Corte Suprema no utiliza el concepto técnico de eficiencia, es decir los criterios de Pareto y Hicks – Kaldor, la importancia radica en la **asociación de la eficiencia con la razonabilidad**. Es decir que la eficiencia es un elemento de la razonabilidad, particularmente en el criterio utilizado en el análisis costo beneficio puede transformarse en un elemento útil para la concretización del control de la constitucionalidad. Intentaré una tipología que incluya diferentes criterios de eficiencia en los precedentes constitucionales.

La eficiencia en la organización del empleo público.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que -fundada en que el decreto impugnado se basaba en normas locales- rechazó la acción de amparo por no encuadrar en el supuesto de "ilegalidad manifiesta" a que se refiere el art. 3ro. de la ley 2257 de la Provincia de Catamarca. Ello así, pues aún cuando se acepte como válida la facultad del gobierno provincial de disponer el "traslado" de sus agentes con base en una ley local, es evidente que aquél ha ejercido dichas atribuciones con arbitrariedad manifiesta ya que los dispuestos exceden el marco de lo que pueda razonablemente entenderse por "reubicación" del personal, afectándose de tal manera el derecho a la estabilidad de los

¹⁵ Doy este ejemplo de una interpretación algo dramática de lo ya dicho, sobre la eficiencia en la adjudicación: La principal diferencia entre ambos sistemas radica en que el constitucionalismo liberal hace profesión de fe acerca de la existencia de un orden natural, con consecuencia necesaria de la mayor eficiencia económica de la economía de mercado. En cambio, el constitucionalismo social niega la existencia de un orden natural, resultando la economía de mercado un mero reparto de injusticias. MARTIN PAOLANTONIO ANTECEDENTES Y EVOLUCION DEL CONSTITUCIONALISMO –CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. LECCIONES Y ENSAYOS, 15 de Agosto de 1987,

empleados públicos garantizado por la Constitución Nacional, ya que el nuevo destino asignado a los actores, en razón de las inconvenientes y perjuicios que les acarrearía, los podría colocar en la necesidad de renunciar a sus empleos, por lo que la medida adoptada no guarda adecuada razonabilidad con la disposición legal que le sirve de sustento, ni con **los principios de "reordenamiento y eficiencia administrativa"** invocados. ¹⁶

Dentro de las restricciones legales a la estabilidad administrativa impuestas como una razonable coordinación entre el interés privado y el interés público en la renovación de los cuadros que integran la administración pública para **lograr una mayor eficiencia funcional** se encuentra la que impone un límite temporal a ese derecho en función de la posibilidad en que se halla el agente de obtener un beneficio previsional (arts. 22 y 23 de la ley 22.140) y que puede tener lugar si el interesado se acoge voluntariamente a esa situación o también cuando se halla en condiciones de obtener el porcentaje máximo del haber de la jubilación ordinaria, supuesto que autoriza a prescindir de la voluntad del empleado y disponer su baja transcurrido el plazo legal desde la intimación formulada por la superioridad, procedimiento éste reglamentado en el decreto 1797/80. ¹⁷

La eficiencia en la utilización de los recursos naturales compartidos.

Habida cuenta de que no ha quedado acreditado de manera clara y convincente; **un notorio mal uso de la red de riego mendocina del río Atuel**, pese a las imperfecciones y deficiencias constatadas y que, aún la obtención de un rendimiento relevante del sistema que lleve su eficiencia a 0,50, no produciría excedente, la reconocida aceptación por la Provincia de La Pampa de los consuntivos "actuales" y "efectivos" conduce a desestimar su reclamo toda vez que no ha acreditado con la necesaria certeza el uso abusivo que atribuye a la Provincia de Mendoza.¹⁸

La eficiencia en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

La Corte Suprema utilizó el concepto de eficiencia para superar los límites procesales que impedían el ejercicio del control de constitucionalidad. Estas interpretaciones han rescatado la importancia del análisis de la cuestión constitucional por encima de las formas procesales generalmente frustratorias del control judicial efectivo. En estos casos, la Corte ha reconocido los altos costos de

16 ANA S. PAIS AHUMADA Y OTROS s/ RECURSO DE AMPARO. ESTABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. SENTENCIA del 9 de Abril de 1985

17 ROBERTO OSVALDO FERRER c/ MRIO. DE DEFENSA s/ RESOL. NRO. 361 SENTENCIA del 25 de Noviembre de 1986

18 La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos. SENTENCIA del 3 de Diciembre de 1987

procesales que se imponen a quienes buscan un precedente constitucional y la utilizado el criterio de eficiencia cómo limitación a los costos excesivos.

*La existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella. Se trata de **condiciones pertinentes para la eficiencia del control de constitucionalidad** y de la casación federal que la Corte debe cumplir, cuya consideración ha guiado tradicionalmente la interpretación de las normas que gobiernan la jurisdicción del tribunal.* ¹⁹

*Las cuestiones de competencia tienden a proteger a los litigantes a fin de **asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales**, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que a ésta en sí misma.* ²⁰

La eficiencia como justificación del arbitraje.

La Corte Suprema ha utilizado el criterio de eficiencia como fundamento de la solución arbitral de las controversias, el arbitraje limita los costos del proceso al permitir a las partes escoger las normas procesales simplificadas y ajustadas al caso, y elegir árbitros especializados en la materia tratada.

En el juicio arbitral pueden las partes elegir libremente, para jueces, a personas que tengan todos los conocimientos, así jurídicos como técnicos, para la mejor solución del litigio de que se trata. Se evita con esto la consulta a peritos, con economía de tiempo y dinero, y se asegura la eficiencia del fallo (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert). ²¹

¹⁹ENFRENTAMIENTO ENTRE FUERZAS LEGALES Y SUBVERSIVAS s/ CONTIENDA NEGATIVA DE COMPETENCIA INTERLOCUTORIO del 1 de Septiembre de 1988

²⁰ Moltedo, Eduardo Guillermo c/ Municipalidad de Pinamar s/ competencia - demanda contencioso administrativa SENTENCIA del 29 de Septiembre de 1988

²¹ Blanco, Guillermo y otro c/ Petroquímica Bahía Blanca y otro s/ recurso ordinario. SENTENCIA del 29 de Abril de 1997.

El *stare decisis* y eficiencia

Stare decisis.

Del latín *cumplir* o *adherir a lo decidido*. Política judicial de cumplir con los precedentes y no cambiar con un punto de derecho. Doctrina que cuando un tribunal ha establecido un principio de derecho como aplicable a una situación de hecho, se mantendrá en esa posición y la extenderá a todos los casos futuros cuando los hechos sean sustancialmente los mismos. La consecuencia del precedente es la *stare decisis* que significa adherir a los casos decididos, es la doctrina de los tribunales de no variar en un punto de derecho que ya ha sido decidido previamente en una causa similar. Cuando una cuestión de derecho ha sido establecida por una decisión y forma un precedente el cual no se debe variar por el mismo tribunal o por un tribunal inferior a menos que ello fuera necesario para reivindicar obvios principios de derecho o remediar una injusticia continua. La doctrina se encuentra limitada a determinaciones con respecto a cuestiones litigadas y decididas necesariamente pero no es aplicable a los *obiter dicta*.²²

La diferenciación de los elementos vinculantes y no vinculantes de un decisión judicial están históricamente conectados con la idea de una subordinación jerárquica a un tribunal superior, Corte Suprema por ejemplo, y a la práctica formal del *stare decisis*. Se puede citar a Blackstone que decía que los precedentes y las leyes debían ser aplicadas a menos que fueran totalmente absurdas o injustas.²³

Luego de estas consideraciones, podemos citar la definición de MacCormick sobre la *ratio decidendi*:

*Una decisión expresa o implícitamente tomada por un juez que es suficiente para resolver una cuestión de derecho planteada por los argumentos de las partes en un caso, siendo una cuestión sobre la cual una decisión era necesaria para su justificación (o para una de las justificaciones alternativas) del fallo en el caso.*²⁴

Existe otra forma del *obiter dictum* que es en realidad un posible *holding* que ha sido reducido de rango por el razonamiento judicial posterior. Puede ocurrir que fue sostenido como un principio demasiado general o de alguna otra forma inapropiada para servir de

²² Cf. BLACK'S p. 1578.

²³ BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*.. Oxford, Clarendon Press, original de 1769, I p. 70. En el original *precedents and rules must be followed unless flatly absurd or unjust*.

²⁴ MAC CORMICK, N. *Why cases have rationes and what they are*. En GOLDSTEIN, L. (ed). Oxford University Press, 1987, p. 234.

precedente. Esta observación sobre la posible relación entre dos conceptos ilustra la importancia que los *obiter dicta* tienen para los precedentes constitucionales. Es una forma de moderar los efectos de una aplicación estricta del *stare decisis*, y la jerarquía que normalmente tienen los precedentes que provienen de la Corte Suprema. Esta morigeración tiene diversos caminos, una es el cambio en las circunstancias por las que un precedente que normalmente sería vinculante no tiene necesariamente que ser seguido. Otra forma de flexibilidad es la posibilidad de distinguir entre precedentes diferentes que son todos vinculantes. Dentro de estas posibilidades está la de decir que un precedente vinculante es en realidad un *obiter dictum*, o a la inversa dar el nivel de *holding* a un precedente que era considerado como *dicta*.

Obligatoriedad ‘de facto’ de los precedentes.

Esta idea de la fuerza ‘no normativa’ del precedente aparece como una auto contradicción, ya que los precedentes son normativos en el sentido que son utilizados para indicar grados de justificación para futuras decisiones. Lo mismo ocurre con la expresión obligatoriedad de facto por oposición a la expresión de obligatoriedad formal o de jure que tienen las normas legisladas. La expresión obligatoriedad de facto parece implicar que los precedentes no tienen fuerza normativa y ninguna justificación, pero que al mismo tiempo tienen que ser respetados en la medida en que en los hechos son habitualmente respetados. De esta manera podríamos intentar definir esta obligatoriedad ‘de facto’ suponiendo una regularidad estadística suponiendo que se pueda establecer empíricamente que los jueces siguen cierto tipo de precedentes.

Se puede buscar una justificación en lo que Alf Ross llamó la **ideología normativa del juez**,²⁵ en que el precedente es parte de la base motivacional del juez. El juez tiene que abrirse camino a través de las normas de conducta que necesita como fundamento para su decisión. Si la predicción es posible tiene que serlo en razón de que el proceso espiritual por cuyo medio el juez decide fundar su decisión en una regla y no en otra, no es una cuestión caprichosa y arbitraria, que varíe de un juez a otro, sino un proceso determinado por actitudes y conceptos, por una ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces. El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Aparte de que proceder así le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad, este motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal:

²⁵ ROSS, A. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba. Buenos Aires. 1963. P. 73.

la exigencia de que los casos análogos reciban similar tratamiento, o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general.²⁶

De todas maneras cualquier interpretación no normativa de la obligatoriedad de facto es contraria a lo que en un sistema jurídico puede considerarse como norma. Nuestra concepción del derecho está asociada a su obligatoriedad formal. Para cumplir este último requisito se necesitaría que una Corte Suprema estableciera pautas obligatorias de interpretación constitucional. La situación parece ser la contraria, un juez que decide un caso mira hacia atrás y sigue la regla establecida en las decisiones previas, sin importarle si el tribunal anterior estableció una pauta obligatoria o una recomendación para seguir. De esta manera desde el punto de vista del tribunal posterior el precedente puede ser concebido como teniendo fuerza normativa o solamente como un modelo fáctico disponible e influyente como tal.

El juez sigue el precedente porque considera que tiene cierto carácter normativo, podemos imaginar algunos de los motivos: la práctica de un tribunal superior, la práctica de tribunales inferiores que siguen habitualmente los precedentes de un tribunal superior, la opinión coincidente de la doctrina, la expectativa de las partes. De esta manera la obligatoriedad de facto puede explícitamente o implícitamente derivar su carácter normativo de prácticas o razonamientos variados, ninguno formalmente establecido en una norma legal concreta que estableciera que los precedentes deben ser seguidos en ciertas condiciones.

Los precedentes constitucionales que aunque no fueran formalmente vinculantes, con obligatoriedad de jure, para los demás jueces tienen también el carácter de razonamientos jurídicos con autoridad. La fuerza normativa de todos los precedentes, aún aquellos que no son obligatorios de jure, tiene que ser distinguida de lo que se podría llamar 'razones sustantivas' cuya fuerza depende meramente de su contenido y no de su origen, hay quien habla del 'pedigree'²⁷ del precedente. Al ser razonamientos autorizados sirven de factores de explicación del derecho, se puede por ejemplo explicar una decisión judicial por el hecho que tiene un soporte legal, o se puede explicar por el hecho que sigue un precedente constitucional. Todo esto tiene consecuencias interesantes para la estructura del sistema jurídico. Se puede decir que el sistema jurídico tiene dos capas normas que deben ser consideradas como razones autorizadas en el argumento jurídico porque son formalmente obligatorias, esto es la legislación, y normas que pueden ser consideradas como razones autorizadas en el argumento jurídico, como son los precedentes constitucionales.

²⁶ ROSS, op.cit. p. 82

²⁷ PECZENIK, A. *The binding force of precedent*. En MAC CORMICK, D. y SUMMERS, R. *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. P. 467.

En términos generales la ley es una fuente más importante de razonamiento jurídico que un precedente ordinario. Pero una diferencia debe hacerse en consideración al precedente constitucional. Si bien éste puede no ser formalmente más vinculante que otro precedente judicial, al interpretar la Constitución y asegurar su supremacía, supone una preeminencia sobre la ley formalmente sancionada y promulgada. De esta manera la jerarquía que supone a la ley como superior al precedente judicial se invierte en el caso del precedente constitucional. Esa situación de preeminencia se consolida por la característica del lenguaje de la Constitución que tiene una textura particularmente abierta y requiere de la interpretación para concretarse mucho más que cualquier otro texto legal. El otro elemento que caracteriza al precedente constitucional es su capacidad cumulativa. Todo precedente, aún los de menor importancia formal, adquieren trascendencia a través de su reiteración, en el caso del precedente constitucional esta reiteración es mayor ya que el texto constitucional es generalmente invariable, tiene futuridad, y el órgano final de interpretación es único.

Es por eso que puede decirse que el precedente constitucional es un contra argumento que vence a una fuente de derecho formalmente más fuerte como es la ley.

Se puede intentar hacer una lista de factores que pueden ser considerados relevantes para determinar el grado de obligatoriedad normativa de un precedente:

- (i) El rango jerárquico del tribunal de origen del precedente. En particular si es de la Corte Suprema.
- (ii) Si la decisión fue en un fallo dividido, o con votos separados o por la Corte por unanimidad. Si es un tribunal inferior si fue un fallo del pleno.
- (iii) La reputación de los integrantes del tribunal o del Juez que escribe la opinión.²⁸
- (iv) Cambios en el ambiente político, económico o social ocurridos desde la decisión original.
- (v) Solvencia de los argumentos que se dan en apoyo de la decisión.
- (vi) La antigüedad del precedente. Esto tanto por su arraigo en la sociedad como por el contrario si refleja una situación política o económica totalmente diferente.
- (vii) La presencia o ausencia de disensos.
- (viii) La rama del derecho a que se refiere. Si bien la Constitución es siempre suprema, hay ramas del derecho como el comercial donde existen prácticas que varían y a las que se les da un carácter vinculante.
- (ix) Si los precedentes constituyen una tendencia o es solo un caso aislado.
- (x) Saber si el precedente ha tenido aceptación amplia en la doctrina.

²⁸ No se puede dejar de mencionar las disidencias de jueces como Boffi Boggero, o el prestigio de jueces más recientes como Genaro Carrió o Jorge Bacqué.

Si bien la obligatoriedad formal no es un concepto que admita gradación, en el caso de los precedentes no parece que pueda establecerse una dicotomía entre vinculantes y no vinculantes, sino como un cierto tipo de obligatoriedad dentro de un continuo en el que figuren también conceptos como ‘tiene fuerza normativa’ o ‘sirve de fundamento suplementario’.

El *stare decisis* y las virtudes de la consistencia.

En la interpretación de las normas constitucionales el dilema entre justicia y seguridad se plantea con más vigor que lo habitual. Es decir, si cuestiones como la coordinación entre los poderes y la certeza entre las transacciones son menos centrales en el debate constitucional que los argumentos basados en el debido proceso de ley y los derechos fundamentales. En el caso *Payne v. Tennessee* 111 S Ct. (1991), el Chief Justice Rehnquist señaló que argumentos para la adhesión al *stare decisis* eran más fuertes en casos relativos al la “propiedad y derecho de contratar” que en los casos relativos “reglas de procedimiento o de prueba” ya que los primeros tenían “intereses de confianza”. *“Consideraciones en favor del stare decisis están en su más alto nivel en los casos que se refieren a propiedad y derecho de contratar, cuando intereses de confianza están en cuestión; lo contrario es cierto en casos como el presente en casos como el presente referidos a reglas de procedimiento y de prueba.”*

Este precedente de *Payne* se refiere en el caso que el precedente sea prevaleciente en el tiempo pero reconsiderado por el mismo tribunal que le dió origen. La situación de la validez de precedente constitucional se plantea particularmente cuando el precedente debe ser utilizado por otros tribunales u otros órganos del Estado. La existencia del precedente está asociada a la de la supremacía constitucional. La decisión de crear una Constitución escrita y única fue tomada en rechazo de la idea algo jacobina de la supremacía parlamentaria, es decir de la existencia de una asamblea que representaba la voluntad general y que por lo tanto no podía ser superada en sus decisiones, ni siquiera por el pueblo mismo. La creación de una Constitución suprema supone que existen en la sociedad opiniones variables sobre cuestiones fundamentales pero que su solución no puede ser dejada a la suerte de mayorías políticas variables. Probablemente la desconfianza que crean las mayorías políticas es que varían muy frecuentemente. Sin la fuerza estabilizadora de una Constitución escrita existe el riesgo del conflicto permanente y de la inestabilidad en las decisiones que tengan efectos en mediano plazo.

Como la Constitución puede tener múltiples interpretaciones se plantea una norma preconstitucional que regula la solución al

conflicto. Esta es la que crea que la interpretación que hace la Corte Suprema es legítima y suprema. Una importante función de la Constitución es su habilidad de establecer con autoridad y legitimidad como se resuelven los conflictos a que puede llevar su interpretación. La Constitución es imperfecta e incompleta en su redacción, por esta razón es conveniente considerar como los funcionarios no judiciales deben conducirse frente a interpretación de sus normas que considerar incorrectas. Una posibilidad es la de permitirles que hagan su propia interpretación de la Constitución cada vez que la aplican que esta interpretación sea final. Pero la alternativa que más respeta la supremacía constitucional es la de obligarlos a aceptar los precedentes que ha dictado la Corte Suprema para casos análogos, esta posición es sólo una extensión de la obligación que tienen los funcionarios de respetar la Constitución aún con imperfecciones. Es decir, si se considera a la Constitución como obligatoria a pesar de inconsistencias y errores, de la misma manera deben aceptar al precedente constitucional que es una extensión de aquella.

Una de las razones principales para sancionar una Constitución como ley suprema es la de asegurar un grado certeza y estabilidad en nuestro sistema jurídico. Pero al mismo tiempo la supremacía constitucional es una manera de retirar cuestiones trascendentales para una sociedad del debate político cotidiano, con sus pasiones y sus mayorías circunstanciales. Estas mismas razones nos llevan a reconocer a la supremacía judicial en la interpretación

Un precedente constitucional puede ser cambiado y una de las causas de cambio puede ser la desobediencia civil. Es decir cuando un ciudadano deja de cumplir con la obligación alegando una excepción de conciencia. En algunos casos esto ha sido el inicio de una reforma del precedente. Pero no es aplicable para el gobierno, legisladores o funcionarios que deben por juramento aplicar la Constitución y con ella los precedentes constitucionales.

El caso *Payne v. Tennessee*.

Rehnquist, el stare decisis es el camino preferido porque promueve un desarrollo equilibrado, predecible y consistente de los principios legales, crea confianza en las decisiones legales y contribuye a la integridad perceptible del proceso judicial. Vazquez v. Hillery, 474 US 254 (1986)...Sin embargo, cuando las decisiones centrales son inaplicables o incorrectamente razonadas 'esta Corte no se ha sentido obligada a seguir un precedente' Smith v. Allwright, 321 U.S. 649. Stare decisis no es un comando inexorable; "es un principio de política y no una formula mecánica de adhesión a la última decisión." Helvering v. Hallock 309 US 106 (1940). Esto es particularmente cierto en casos constitucionales, porque en esos casos "la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible". Burnet v. Coronado Oil & Gas Co. Consideraciones en favor del stare decisis están en su punto más alto en casos que se refieren a propiedad y derecho de contratar,

cuando los intereses de confianza están en consideración...; lo opuesto es cierto en casos como el presente que se refiere a procedimiento y reglas de evidencia...

Scalia. II.

..Esto hubiera entronizado como el principio de gobierno de esta Corte la noción que una decisión constitucional importante con un apoyo racional inadecuado debe ser confirmada por la sola razón que ha atraído cinco votos. La doctrina del stare decisis en la comprensión que se apoya en nada más que una conveniencia administrativa, es meramente la aplicación a los precedentes judiciales del principio más general que las prácticas y expectativas de una sociedad democrática no deben ser generalmente perturbadas por los tribunales. Es difícil de tener un respeto genuino por el stare decisis sin honrar ese principio más general también. Una decisión de esta Corte que, al mismo tiempo que no revoca un holding anterior, anuncia una nueva regla, contrariamente a una vieja y reconocida práctica y la pronuncia como regla de derecho, una decisión así, no menor que una explícita revocación de precedente, debe ser considerada con gran cautela.

Juez White, disiente,

Consecuentemente esta Corte nunca se ha separado de un precedente sin una "justificación especial". Esta justificación incluye el advenimiento de "cambios subsecuentes o desarrollo de la ley" que eliminan (undermine) la razón de la decisión, la necesidad de traer la decisión en concordancia con la experiencia y con los hechos recientemente analizados, y una demostración que un precedente particular actúa en detrimento de la coherencia y consistencia de la ley. A menos que deseemos que la anarquía prevalezca dentro del poder judicial federal, un precedente de esta Corte debe ser seguido por los tribunales inferiores sin importar cuán errado los jueces de esos tribunales consideren que sea. (Hutto v. Davis 454 U.S. 370, 1982). A la luz del costo que una abdicación de esta naturaleza impone sobre la autoridad de todos los pronunciamientos de esta Corte, es difícil de imaginar una estrategia más corta de vista para efectuar un cambio en el orden constitucional.

El precedente más citado en materia de la extensión del stare decisis es la disidencia del Juez Brandeis en el caso **Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393 (1932)**.

"El stare decisis no es como la res judicata un mandato universal inexorable. La regla del stare decisis, aún cuando tienda a la consistencia y a la uniformidad de las decisiones, no es inflexible. La alternativa de si será continuada o no es una cuestión completamente dentro de la discreción del tribunal que es nuevamente llamado a considerar una cuestión ya decidida anteriormente. Stare decisis es habitualmente la política correcta porque en la mayoría de los casos es más importante que el derecho aplicable sea definido a que sea definido correctamente. Esto es cierto frecuentemente aún cuando el

error sea un tema de sería preocupación en la medida que pueda existir una corrección legislativa. Pero en casos que referidos a la Constitución federal, cuando la corrección por vía legislativa es prácticamente imposible, esta Corte frecuentemente ha anulado (overruled) decisiones anteriores. La Corte reconoce las lecciones de la experiencia y la fuerza de un razonamiento mejor, reconociendo que el procedimiento de prueba y error, tan fructífero en las ciencias físicas, es apropiado también en la función judicial... En los casos referidos a la Constitución federal la posición de esta Corte es diferente a la de la más alta Corte de justicia de Inglaterra, donde la doctrina del stare decisis fue formulada y es estrictamente aplicada a todo tipo de casos, allí el Parlamento es libre de corregir cualquier error judicial y el remedio puede ser invocado rápidamente.

Las razones por las cuales esta Corte debe negarse a seguir una decisión constitucional anterior que considera errónea son particularmente fuertes cuando la cuestión en análisis es una de aplicar la Constitución, distinguiéndola de los que podría correctamente llamarse la interpretación de la Constitución. En los casos que se nos presentan rara vez hay una disputa sobre la interpretación de una norma concreta. La controversia es habitualmente sobre la aplicación de las condiciones existentes de una limitación constitucional bien reconocida. Esto es particularmente cierto en los casos de la cláusula del debido proceso cuando la cuestión es saber si una ley es irrazonable, arbitraria o caprichosa, de los casos de la cláusula de igual protección cuando la cuestión es si existe alguna base razonable para la clasificación hecha por la ley, y de los casos sobre la cláusula comercial cuando la cuestión es saber la carga (burden) admitida sobre el comercio interestadual es tan sustancial como para ser considerada directa. Estas cuestiones se parecen, fundamentalmente, a la del cuidado razonable en los casos de negligencia, cuya determinación es dejada habitualmente al veredicto del jurado. En cada uno de estos casos, en la primera instancia, es dependiente de la determinación de lo que en la jerga jurídica se llama cuestión de hecho, distinguiéndose de la declaración de un principio de derecho. Cuando el hecho subyacente ha sido encontrado, la consecuencia legal surge inevitablemente. La circunstancia que una decisión de ese hecho sea hecha por un tribunal, en lugar de un jurado, no debe oscurecer su verdadero carácter.”

Kornhauser y Sager ²⁹ sostienen que en los jueces hay una jerarquía que establece una división de trabajo entre **jueces contenciosos que establecen los hechos en una causa y jueces de alzada que determinan la ley.**

Proponen un stare decisis vertical estricto en que los jueces de tribunales inferiores cumplirán siempre con las decisiones de los

²⁹ Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, UNPACKING THE COURT Yale Law Journal, November, 1986

jueces de tribunales superiores. Con respecto al **sistema difuso** consideran que **es más eficiente la selección por los litigantes de las causas que deben ser consideradas por un tribunal superior, para determinar la norma aplicable a casos similares futuros, que establecer un sistema centralizado de control de constitucionalidad.**

El stare decisis es también un remedio a las decisiones circulares tomadas por los tribunales, tal como lo demuestra la aplicación del Teorema de la imposibilidad de Arrow. El Stare decisis supone menos decisiones por los tribunales superiores y por lo tanto un riesgo menor de decisiones circulares o intransitivas.³⁰

El stare decisis en los precedentes argentinos.

La decisión judicial puede también crear una norma general. La resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros análogos que los tribunales puedan estar obligados a resolver. Una decisión judicial puede tener el carácter de precedente, es decir, de decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes. En el caso de la Corte Suprema la decisión en un caso concreto adquiere el carácter de precedente obligatorio para la solución de la norma individual creada por la primera resolución. Lo que constituye el precedente es la fuerza obligatoria de la norma general así obtenida. Sólo sobre la base de la norma general, es posible establecer que otros casos son análogos al primero, cuya decisión es considerada como precedente y que, en consecuencia esos otros casos, tienen que ser resueltos del mismo modo. La norma general puede ser formulada por la misma Corte Suprema que sentado el precedente o puede dejarse a los tribunales a quienes el precedente obliga, la tarea de derivar del mismo la norma general cada vez que se presenta el propio caso. La función creadora de derecho constitucional de la Corte Suprema y de otros tribunales se manifiesta especialmente cuando la decisión judicial tiene el carácter de precedente, cuando da origen a una norma general.

Kelsen distingue entre las normas generales que tienen su origen en una distinción aislada de un tribunal, esta especie de creación jurídica, dice, debe ser claramente distinguida de la creación de normas generales a través de la práctica permanente de los tribunales a la que considera de costumbre jurídica.³¹

Causa Fiscal Nacional c. Manuel Ocampo, sobre nulidad y rescisión de sentencia. ³²

³⁰ Para la aplicación del Teorema general de la imposibilidad de Arrow a los fallos de la Corte Suprema, ver Easterbrook, Ways of Criticizing the Court. Harvard Law Review, 95:802. 1982.

³¹ Cf. KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. op.cit. p. 178.

³² Fallos 12: 152, 8 de agosto de 1872

En este fallo se plantea la posibilidad de revisión de un fallo de la Corte Suprema y en ese sentido se pronuncia el Procurador General Francisco Pico. Pero la Corte Suprema en su sentencia se expresa más allá de los efectos de la cosa juzgada y analiza los efectos que tienen los precedentes de originados en sus fallos. Se puede plantear la situación si estas consideraciones son parte de la *ratio decidendi* o no.

Fallo de la Suprema Corte,

... Un tribunal, a que se fijan reglas de criterio y a que se hace responsable, no será nunca, no podrá ser, aunque quiera, un tribunal arbitrario. El poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías, que tiene por misión hacer efectivas y amparar.

La Corte Suprema es el tribunal de último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se la ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones. De sus fallos no hay recurso alguno, a excepción del de revisión, interpuesto ante ella en los casos de jurisdicción originaria y exclusiva.

Esta es la doctrina de la Constitución, la doctrina de la ley, y la que está en la naturaleza de las cosas. Y es un hecho singular en esta causa, que la autoridad moral de la Corte y su poder legal sean desconocidos, por vez desde su instalación, precisamente por el mismo alto funcionario, que ejerciendo el Ministerio Público, está encargado de defenderlos.

...Es preciso confiar mucho en la pureza de los miembros de la Corte, en su amor a la justicia, en su solicitud por la verdad, en la superioridad de espíritu que alejara de ellos 'las debilidades del amor propio', para reconocerlos capaces de enmendar su propio error.

Tanta confianza implica contradicción entonces con el temor de que la Corte se convierta en un 'poder arbitrario', conculcador del derecho, supresor de las leyes, que cubriéndose con la 'teoría de la sumisión estúpida' ponga en peligro la justicia, comprometa la verdad y atente contra las bases de un 'gobierno civilizado y democrático'.

Ella puede cometer errores. Sus miembros no tienen la pretensión de hallarse investidos con el divino don de la infalibilidad. Pero, cualquier tribunal a que se invista con la facultad de juzgar en último resorte, ha de detallarse en la misma situación, porque no puede concebirse tribunal alguna que no haya de ser desempeñado por hombres.

Caso Provincia de Córdoba C/SA Mattaldi Simón Ltda.

CSJN, Fallos, 205:614; LL, 44-170; JA, 1946-IV-758

Buenos Aires, 18 de setiembre de 1946.

"Y vista la precedente causa caratulada: 'Fisco de la Provincia c/Mattaldi Simón Ltda. SA, apremio' en los que se ha concedido el

recurso extra-ordinario contra la sentencia de fs. 164, según resolución dictada por esta Corte a fs. 52 del cuerpo caratulado 'García Castellanos en Fisco de la Provincia c/SA Mattaldi Simón Ltda., apremio, recurso extraordinario'.

Y considerando:

Que para la mejor resolución de esta causa conviene recordar que las sentencias de esta Corte deben ser lealmente acatadas. Desde luego, por-que es lo que corresponde respecto de toda resolución firme de los tribunales de justicia. Y además, porque esta Corte es en el ejercicio de la jurisdicción que le acuerdan la Constitución y las leyes nacionales, suprema, a igual título que los demás departamentos del Gobierno federal en la órbita de sus atribuciones -Fallos, 156:318; 190:142 y otros-.

Que la supremacía de la Corte de Justicia de la Nación ha sido reconocida por la ley, desde los albores de la organización nacional, garantizando la intangibilidad de sus decisiones por medio de la facultad acordada al tribunal de imponer directamente su cumplimiento a los jueces locales -art.16, ap. final, ley 48- régimen aplicable también en el orden nacional por virtud de la ley 4055, art. 6o. Por lo demás las graves responsabilidades que derivan de la naturaleza misma de las funciones que ejerce esta Corte, le imponen la firme defensa de sus atribuciones, cuya cuidadosa preservación es necesaria para la ordenada subsistencia del régimen federal. Pues como lo recuerda Pusey, citando a Madison -The Supreme Court Crisis, p. 59- la existencia de un tribunal semejante es evidentemente esencial para evitar el recurso a la violencia y la disolución del pacto.

Acertadas o no las sentencias de esta Corte, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan. Derribada la tiranía de Rosas, que entorpecía en todo sentido el desarrollo institucional de la Nación, decía José M. Estrada en su Curso de derecho Constitucional, cap. I, Ia parte, y reorganizada ésta por la Constitución, la tradición consuetudinaria y legal fue solemnemente ratificada. . . Y no debe olvidarse, como lo recuerda J. V. González -en el prefacio de su manual- que la Constitución es un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dió cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Constitución que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo.

Que fundada en estas razones ha podido así decirse -Fallos, 189:292-que `el desconocimiento de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, como quiera que tenga lugar, importa un agravio al orden Constitucional y cuando aquél se produce por medio de la sentencia del Tribunal Superior a que se refiere el art. 14 de la ley 48, el recurso extraordinario es la vía indicada para restablecer el imperio

de la decisión desconocida. Precisése así la doctrina ya esbozada en otros precedentes -Fallos, 187:28 y los allí citados- reiterada luego en varias oportunidades -Fallos, 196:14, 254 y 492, entre otros-

Que por evidente parece apenas necesario establecer que la sentencia del tribunal provincial que admite el cobro a un contribuyente, del gravamen que esta Corte declaró inconstitucional en juicio ordinario seguido con anterioridad ante sus estrados -y que fue consecuentemente devuelto- pueda importar el desconocimiento de la decisión tomada en esa causa. La sola reflexión de que puéddase así invalidar el derecho definitivamente declarado por aquel fallo, basta para comprobarlo.

Que, sin duda, las sentencias que declaran inconstitucional un impuesto no impiden necesariamente a las provincias la nueva percepción del mismo siempre que ello pueda hacerse sin infringir los principios y garantías constitucionales aplicados en la resolución judicial. Puede en efecto suceder que la invalidez del gravamen provenga de las modalidades de su aplicación y no de la carencia de facultades para establecerlo. Se ha admitido así -Fallos, 200:462- que el impuesto al consumo declarado inconstitucional por la forma, que importaba el establecimiento de una aduana interior, en que había sido percibido, pudo volver a cobrarse, conforme a lo dispuesto en una nueva reglamentación, una vez terminada la circulación territorial de los bienes gravados. Y en Fallos, 203:61, que la contribución de mejoras invalidada por confiscatoria podía ser nuevamente percibida, previo reajuste por los organismos pertinentes al efecto, de su monto, realizado conforme a las conclusiones del fallo del Tribunal. En análogo sentido: Fallos, 167:75.

Antonio Sagarna - Benito Nazar Anchorena - F. Ramos Mejia -

Se pueden mencionar los siguientes precedentes con relación a la validez de los precedentes. El caso **Pastorini v. Rouillon** del 23 de junio de 1883 con la participación de los constituyentes Gorostiaga y Laspiur, donde señalan el precedente como fuente de derecho..Fallos 25:364.

Fallo **Juan Carlos Milberg c/ Lopez Agrelo**. Fallos 187:28 de 1940, y **Banco Hipotecario c/ Desiderio Quiroga**. 189:292 de 1941.

En el fallo **Baretta C/ Provincia de Córdoba** Fallos 183:409 del 15 de mayo de 1939, se establece el fundamento en la doctrina constitucional de los Estados Unidos, con citas de Cooley y Willoughby. *No podría el tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible el cambio de criterio. ...Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional, aplicarse el principio de stare decisis sin las debidas reservas, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara, el error o la*

inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes.

Fallo Sara Pereyra Iraola v Provincia de Córdoba. Fallos 212:160

La efectiva prescindencia de los fallos de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones importa un agravio al orden constitucional.

El caso **Cesar Aníbal Balbuena** en 1981 señala un criterio únicamente por el cual un juez no estaría vinculado por un precedente de la Corte Suprema.

Carece del debido fundamento la sentencia que se aparta de doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la categórica posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes. Ello así, pues para efectuar una exégesis diversa de las leyes federales aplicables, el a quo debió haber señalado aquello que la Corte no tuvo en cuenta al establecer la inteligencia, que debía darse a tales normas, no siendo suficiente dejar consignado que “simple y respetuosamente”, se discrepa con su doctrina.

En el caso **Molledo**³³ la Corte Suprema establece el criterio del acatamiento moral y pone el **fundamento de eficiencia como justificación del stare decisis.**

Los tribunales inferiores deben acatamiento moral a la doctrina de la Corte según la cual las cuestiones de competencia tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad que a ésta en sí misma.

Los tribunales inferiores deben acatamiento moral a la doctrina de la Corte según la cual las cuestiones de competencia tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad que a ésta en sí misma.

En el caso **Lucero**,³⁴ La Corte debe, como regla fundamental de funcionamiento, seguir sus propios precedentes. Y aunque este

³³ **Molledo**, Eduardo Guillermo c/ Municipalidad de Pinamar s/ competencia - demanda contencioso administrativa SENTENCIA del 29 de Septiembre de 1988

proceder no sea decisivo para pronunciarse en la totalidad de los supuestos que puedan presentarse, resulta conveniente, habida cuenta que se encuentra orientado a consagrar la permanencia y la estabilidad de la jurisprudencia del Alto Tribunal, valores que se ven actualizados en el respeto de la solución alcanzada con anterioridad, cuando se tengan que decidir iguales planteos sobre la misma cuestión.

El caso Cerámica San Lorenzo indica la doctrina de la obligatoriedad de hecho de los precedentes,

No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tiene el deber de conformar sus decisiones a aquéllas. Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante.³⁵

El ante juicio o pre trial: Los acuerdos anteriores a la sentencia.

El Ante juicio o *pre trial* es una aplicación organizada de la doctrina de Coase al procedimiento judicial. Es también una de las demostraciones prácticas del funcionamiento de Coase es el éxito del sistema de pre trial. En la justicia federal civil en EEUU, más del 90% de los casos son acordados entre las partes antes de la sentencia. **El ante juicio asegura una solución eficiente al conflicto** ya que cumple con el criterio más estricto de eficiencia, el **Pareto superior**. Las partes al acordar un resultado **se encuentran en una situación mejor que la que se encontraban antes del acuerdo** por lo que se cumple el criterio paretiano de eficiencia.

Los casos que no son resueltos por una transacción entre las partes, lo son por motivos que caen fuera del teorema de Coase, entre ellos podemos citar:

- I) casos que requieren una decisión judicial para ser resueltos, por tratarse un punto de derecho litigioso;
- II) casos que son baratos para tramitar lo que reduce los incentivos para una transacción;
- III) que una de las partes ponga un valor especial en tener una decisión judicial sobre el tema por razones como obtener un precedente para casos análogos o por reputación profesional;

34 Lucero, Roberto Aníbal c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles. s/ SENTENCIA del 31 de Marzo de 1999.

35 **CERAMICA SAN LORENZO. s/ PRESCRIPCIÓN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO** SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA del 4 de Julio de 1985.

- IV) casos que incluyen una cuestión que no es fácilmente negociable como podría ser un valor fundamental y por
- V) la existencia de altos costos de transacción asociados con un acuerdo si se lo compara con buscar una solución en un tribunal.

En todos los demás casos la solución del ante juicio es preferible a la decisión judicial.

La solución del ante juicio ocurre cuando las partes ya han iniciado el juicio, un acuerdo previo a la iniciación del pleito no es estrictamente un *pre trial*. Son acuerdos logrados entre las partes con la participación del juez en cualquier momento entre la iniciación del juicio hasta el dictado de la sentencia. Pueden abarcar temas variados, generalmente un acuerdo sobre la prueba a producir, para evitar la que es costosa o innecesaria, hasta un acuerdo que termina el pleito.

Uno de los elementos son las **conferencias de ante juicio**, son las que el juez, o en algunos casos su representante, tiene con las partes en cualquier momento del juicio. Estas conferencias son generalmente convocadas cuando el juez considera que puede haber una conciliación en algún tema considerado en el proceso. Esto puede ser la aceptación de un medio de prueba, la transacción sobre alguna parte de la pretensión original o la conciliación del pleito entablado. La Rule 16 (a) de las Normas del procedimiento civil federal de los Estados Unidos, conceden a los jueces de distrito el **poder discrecional para solicitar a los abogados y a las partes para que comparezcan ante el tribunal para estas conferencias de ante juicio**. La 16 (c) requiere que **cada parte este disponible ante al juez, aunque sea por vía telefónica, para considerar un acuerdo posible en una conferencia de ante juicio**. El artículo 16 (a) especifica las siguientes objetivos y objetivos de las conferencias:

1. hacer expeditiva la disposición de la acción.
2. establecer un control temprano y continuo para que el caso no se extienda indebidamente por falta de administración.
3. desincentivar actividades que dilapiden recursos.
4. mejorar la calidad del juicio a través de una preparación adecuada, y
5. facilitar la conciliación del caso.

Los **letrados participantes** no pueden alegar que no están autorizados para participar en mociones de ante juicio, porque la Regla 16 (c) dice que al menos uno de los letrados de cada parte que participan en una conferencia **“deben tener autoridad para acordar estipulaciones y hacer admisiones referidas a todas las materias que los participantes pudieran anticipar razonablemente que pudieran ser discutidas.”**

Los jueces pueden dictar órdenes de ante juicio que son las que resuelven una cuestión antes de la sentencia.³⁶

³⁶ Para conocer el procedimiento de ante juicio ver. R. Lawrence Dessem. Pretrial Litigation. West Group. St. Paul, 1998.

Eficiencia en el proceso judicial.

Acciones de clase.

Una técnica utilizada para promover la eficiencia en la solución judicial de conflictos son las acciones de clase, entre sus variadas utilidades se incluye el control judicial de la regulación económica.

Una “acción de clase” es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. No todos los casos pueden transformarse en acciones de clase, solo una minoría de casos pueden ser certificados como perteneciendo a una misma clase. Sin embargo si existe un número importante de actores o lo que es menos habitual de demandados, con cuestiones similares para resolver en un pleito el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase. Cuando es posible la acción de clase es una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, se concentran cientos o aun miles de demandas en un solo juicio, de esta manera los que integran la clase pueden afrontar los costos del proceso y el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la falta de certeza en estos puntos es mucho mayor. Al mismo tiempo para la administración de justicia la acción de clase evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares en diferentes juzgados y con la posibilidad de resultados diferentes.

Las acciones de clase es una de las más importantes innovaciones en materia de responsabilidad civil. La razón de su presencia tan amplia está basada en su versatilidad. Son fundamentalmente un procedimiento que permite agregar pretensiones separadas que por sus propias características no están unidas por ninguna teoría sustantiva. En teoría permiten unir números muy grandes de pretensiones de individuos separados independientemente del tema a que se refieren. Fundamentalmente están asociados a temas como defensa de la competencia, derecho societario, derecho de mercados de capitales, derechos reales y fundamentalmente responsabilidad civil. En Estados Unidos también se han utilizado en temas de discriminación ya sea por la raza o por el sexo. En la medida en que los litigios son cada vez más complejos la capacidad de actores individuales de asumir los costos de caso disminuyen en forma correlativa. Las oportunidades de ganancias sin embargo permanecen sustanciales de tal manera que este vacío está cubierto por estudios de abogados con capacidad empresarial que esperan obtener los

beneficios de organizar una clase de actores potenciales y de poder llevar esta acción conjunta a un resultado exitoso.

Existe una tensión real entre la función apropiada de la acción de clase y algunas aplicaciones. La teoría de la acción de clase es tomar una señal débil y amplificarla agregándole muchas pretensiones pequeñas que de otra manera no podrían ser perseguidas individualmente. De esta manera se bajan los costos de cada reclamo individual. En la práctica muchas acciones de clase hacen más que amplificar el status quo ante. Muchas veces se distorsionan los resultados al imponer responsabilidades que son mucho más onerosas que las que ocurrirían si se aplicara una regla simple de multiplicación entre los casos individuales. El mecanismo básico es el de redactar la ley sustantiva de tal manera que haga casos individuales complejos aplicables a la litigación por acción de clase. Estos cambios están dirigidos hacia la simplificación de los casos lo que permitiría un aumento en el número de cuestiones comunes que facilitan la certificación de una clase.

Autonomía o integración forzada.

En términos constitucionales se plantea siempre el principio del autogobierno o de la autonomía de la voluntad. Cada persona puede decidir hacer cierto tipo de transacciones o concluir acuerdos o contratos o negarse a ello. Autonomía individual permite a cada individuo una suerte de inmunidad frente a la agresión externa. De esta manera se le permite disponer y usar de su propiedad, puede vender su trabajo de la manera que lo considere satisfactorio. Ejemplo básico de la autonomía de la voluntad es la libertad de contratar. Esta libertad se hace visible cuando alguna otra persona no cumple o impide la obligación asumida o asumida por otro. Ahora bien, la acción de clase es una excepción a la regla de la autonomía de la voluntad de la libertad de contratar porque nos presenta una situación similar a la de un contrato de adhesión.

¿Cuales son las razones en que lo impensable, un proceso impuesto, aparece como posible por un cambio en las circunstancias? En términos generales es cuando aparecen tres situaciones básicas la primera es que el número de individuos situados en forma similar con respecto a un tema demandado común es muy grande. Es decir un gran número de actores. El segundo elemento es que la pérdida sufrida por cada uno de los actores sea relativamente pequeña. El tercero es que los costos tanto administrativos como judiciales para cada acción individual sean relativamente altos.

En estas circunstancias podemos ver las consecuencias de una norma que permita a cada parte agraviada a iniciar su acción individualmente. Simplemente el posible actor no iniciará un juicio si los costos del litigio son mayores de lo que puede recuperar de él. Esto

es perfectamente imaginable debido a los altos costos de letrados y de la producción de la prueba. En este caso la solución a esta situación es que todos los individuos que se encuentran en esta circunstancia unifiquen sus reclamos para que de esta manera puedan beneficiarse de lo que serían economías de escala. Esta sería la solución planteada por el litis consorcio, pero con una breve reflexión vemos que no es sencillo que este litis consorcio pueda tener éxito. La esperanza de las partes en un litis consorcio es que el costo del juicio crecerá menos rápidamente que el valor de todos los reclamos unificados, de esta manera que la unión les traerá la fuerza. Pero normalmente las negociaciones para lograr un litis consorcio de muchos actores son difíciles porque obtener un acuerdo en la división de los costos y del resultado obtenido para saber cuanto debe aportar cada actor y cuanto recibirá en el caso de tener éxito es extremadamente difícil. Puede ocurrir que una persona no acepte su parte en los costos y en los posibles beneficios. Es posible que algún individuo por un comportamiento oportunista extorsione a los demás para obtener una mayor participación de las ganancias o un menor costo en el inicio del proceso. Puede ocurrir que los actores tengan una valuación diferente de su daño con respecto a los demás y que de esa manera no puedan ponerse de acuerdo en cuanto a los costos del proceso y a la distribución de los posibles beneficios. Puede ocurrir que una vez iniciado el pleito y producida la prueba otros quieran ingresar en el caso posteriormente y de esa manera tener facilitado el camino. La ruptura de negociaciones es muy probable en estas circunstancias.

También podemos pensar en el demandado. Podría ocurrir que el demandado quisiera resolver de una buena vez las posibilidades que tiene de ser demandado por el daño y tener una idea final de los costos a los que puede sufrir en el proceso. De lo contrario puede ser demandado reiteradamente por nuevos actores que aparezcan cálculos de cuanto sería el precio para la solución final del problema sería muy importante o dilatada en el tiempo.

El fracaso de los acuerdos o de los litis consorcio es lo que lleva a explicar la existencia de las acciones de clase. Si la situación fuera de por ejemplo los accionistas de una compañía, supongamos de una compañía que se cotiza en bolsa y que tiene una multitud de accionistas y que debieran litigar contra el comportamiento de los organismos de gobierno corporativo porque han cometido alguna falta que pudiera ser resarcible. Podría ocurrir que algunos accionistas decidieran hacer un free ride en los esfuerzos de los otros. En ese caso no tendrían ninguno de los costos de asumir el litigio, lo que incluye el riesgo de fracasar y tener que asumir las costas. Al mismo tiempo se beneficiarían del resultado ya que por la acción de los accionistas la sociedad se recuperaría de la pérdida de algún bien. En esas circunstancias el daño que sufrían los accionistas era la disminución del valor de sus acciones derivadas del hecho de una conducta incorrecta por parte de los organismos de gobierno de la sociedad que

hubiera reducido el valor del capital social. Este tipo de daño es sufrido en común por todos los accionistas de acuerdo con su interés proporcional en la sociedad. El juicio de los accionistas tiene por objeto permitir a uno de los accionistas o a cada accionista corregir los daños que pueda sufrir una sociedad en su total debido a problemas en la dirección de la empresa. Ese tipo de daños no que pueden ser corregidos por la dirección de la empresa debido a que hay falta de interés o conflicto de interés o negligencia.

Los tipos de acciones de clase.

El problema de las acciones de clase es a veces difícil al tratarse de cuestiones de reclamos por responsabilidad civil en casos de accidentes másivos. Un accidente másivo que resultara en daños a numerosas personas no es ordinariamente apropiado para una acción de clase porque con toda probabilidad existen cuestiones significativas no solamente de daños sino también de responsabilidad y de defensas contra la responsabilidad que pueden afectar a los individuos de maneras diferentes. De esta manera podría ocurrir que dos individuos puedan golpeados por el mismo auto al mismo tiempo y las cuestiones de los dos casos pudieran coincidir pero no coincidir exactamente en los dos casos. También varía con respecto a la diferencia de responsabilidad, ya que si la responsabilidad es por dolo se podría resolver con bastante facilidad para los dos casos, pero si la responsabilidad es por culpa o negligencia entonces variaría de acuerdo a las circunstancias que la negligencia variara con respecto a cada una de las víctimas.

La situación de los perjuicios másivos es aún más difícil cuando el demandado realiza una actividad comercial o económica a través de un largo período de tiempo. Es el caso de la venta de un producto farmacéutico que produjera un daño o construir edificios que contienen amianto y que pudieran producir a través del paso del tiempo un daño a la salud de sus habitantes.

La práctica en los Estados Unidos en este punto indica que ha habido certificaciones de acciones de clase muy ambiciosas, en una variedad muy amplia de casos que incluyen cuestiones que van desde la transfusión de sangre hasta los daños producidos por fumar cigarrillos e indican como la norma sobre la certificación de estas acciones ha migrado desde la situación inicial cautelosa a una situación mucho más agresiva. Estos ejemplos demuestran cuan difícil es para decidir al inicio de un pleito si las cuestiones comunes en una acción de clase son suficientes para controlar las cuestiones que son diferentes o separadas. Normalmente queremos saber si los actores están situados en forma similar antes de que se pueda determinar la base legal relevante en su caso. Pero es muy difícil decidir si dos o más pretensiones están dominadas por cuestiones

comunes hasta que decidamos que teoría de responsabilidad es invocada.

El problema se hace aún más complejo cuando los actores buscan certificar acciones de clase en las que las unidades de tiempo y lugar no son coincidentes. Por ejemplo, tomemos el caso de la responsabilidad por un producto en la cual el demandado puede haber vendido un medicamento en diferentes formas, ya sea en bases o tabletas y con diferentes aclaraciones al público en diferentes lugares y en diferentes fechas. Puede ser que la jurisdicción utilice una teoría de responsabilidad por dolo por los defectos que tienen esos medicamentos, en cuyo caso las variaciones que puedan tener en los niveles de intensidad de la culpa no sean tan importantes. Pero si la responsabilidad se basa en la obligación de prevenir, es decir de avisar sobre las consecuencias posibles de un medicamento y la información fue provista en una época anterior y ser insuficiente años después cuando el nivel de conocimiento público es mayor. La situación se complica aún porque los actores puedan disentir en lo que consideran relevante, o más importante en el caso.

La organización de una acción de clase

Las acciones de clase tienen un representante de la clase que es generalmente el abogado principal de la demanda, él es quien representa los intereses de todos los miembros de la clase aun cuando no tenga un mandato de ellos. Integran la clase todos los que tengan agravios similares contra un demandado, la determinación de la similitud de los agravios deben ser apreciados por el juez que certifica la clase, lo cual no es una tarea sencilla ya que la extensión del daño recibido puede variar en cada actor. Todos los que integran la clase están obligados por la decisión aun cuando no sean parte del proceso. Generalmente solo un numero reducido de actores integran la demanda, los abogados especializados buscan los casos más representativos o que tienen todas las variedades posibles que se presentan en el caso. Los otros integrantes de la clase esperan en forma pasiva el resultado del proceso y están obligado por él. Quien no desee integrar la clase debe presentarse ante el juez interviniente y expresamente excluirse del proceso. Este es el caso de quien tiene un agravio mayor o diferente al resto de los miembros de la clase y prefiere una acción individual.

En general las acciones de clase están referidas a cuestiones de responsabilidad civil, el accidente masivo es el caso más evidente, también el de daño ecológico. También cuestiones de derecho societario, como son los casos que enfrentan a los accionistas de sociedades, particularmente si cotizan en bolsa, con los órganos de gobierno corporativo. Las cuestiones de discriminación y las de derechos humanos también tienen una participación creciente. Las acciones de clase requieren estudios jurídicos especializados en ellas,

preparados para la producción de prueba compleja y generalmente costosa. En los Estados Unidos los honorarios son en proporción de lo cobrado por los clientes por lo que generalmente estos juicios requieren una contribución económica inicial importante para los abogados.

Puede imaginarse un conflicto con la garantía del debido proceso ya que participan en los efectos de la decisión quienes no son parte en juicio. La ventaja es que se agregan muchos pequeños reclamos que serían impracticables individualmente.

Requieren este tipo de acciones una organización previa importante y una certificación judicial. Los preparativos son generalmente muy costosos para los letrados que organizan las acciones ya que requieren preparar una prueba compleja porque intervienen muchas personas y generalmente el perjuicio individual sufrido es reducido. En una acción típica hay muchos miembros de la clase, hasta miles en ciertos casos, que han sufrido un perjuicio relativamente pequeño. El daño requiere una prueba sobre la responsabilidad de la demandada que es de difícil obtención porque generalmente de es un menoscabo sufrido durante años.

No es el ideal para las cuestiones constitucionales sino fundamentalmente para las de responsabilidad civil. En general no se pueden utilizar las acciones de clase para reformar derechos sustantivos. Es preferible un caso concreto con la participación de *amicus curiae* que permitan un amplio debate y luego de establecido el precedente constitucional plantear la acción de clase para los efectos. En la acción de clase los litigantes representan a los ausentes. Los ausentes quedan vinculados por la decisión y se les aplica la regla de cosa juzgada y no puede ser planteada la cuestión en una nueva causa. Los participantes en una acción de clase no tienen control ni conocimiento estricto de la acción es por ello que los jueces deben ejercer un control sobre los letrados para que informen a los miembros de la clase.

La actitud del integrante de la clase difiere de la del actor individual ya que el primero no participa en el proceso, el abogado representante de la clase ofrece la prueba y el asesoramiento letrado con un numero generalmente reducido de actores que participan en el proceso y puede negociar un acuerdo en nombre de la clase. Los elementos tradicionales del proceso adversativo y del debido proceso tienen una aplicación diferente en el caso de las acciones de clase ya que alguien puede estar vinculado a una decisión judicial por pertenecer a una clase pero sin tener participación personal en el proceso.

Ventajas y desventajas de las acciones de clase.

La principal ventaja de las acciones de clase es que efectivamente unas acciones separadas sobre una misma cuestión que por los altos costos procesales serían impracticables si se litigaran individualmente. La acción de clase permite la amplificación de acciones de un monto reducido y que requieren una prueba compleja y muy costosa en la producción. Disminuye los costos del litigio y permite traer mayores recursos y un asesoramiento jurídico especializado y de alto nivel. Al mismo tiempo la acción de clase fortalece la posición negociadora del actor. En este tipo de acciones el actor individual es generalmente mucho más débil que el demandado, ya sea este una empresa de seguros en un caso de accidentes masivos, una empresa contaminante o un banco. La acción de clase al extender el caso a todos los afectados equilibra las partes en el proceso, esto es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la prueba. Evitan también las negociaciones para la formación de un litis consorcio, hacer asambleas de posibles actores y unificar la participación en la demanda supone un costo muchas veces insuperable. Las acciones individuales hacen imposible pleitos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados muy poderosos.

Para los demandados tiene la gran ventaja que se concentran las demandas en un caso y permite asumir todas las consecuencias financieras en un pleito. Permite también ofrecer bases de conciliación más amplias ya que no es necesario hacer reservas para futuros pleitos sobre la misma cuestión. Reduce también al demandado los costos procesales ya que no requiere contratar letrados para representarlo en múltiples foros y en diferentes casos, todos con producción de prueba y razonamientos jurídicos.

El principal inconveniente de las acciones de clase es su complejidad procesal. La certificación de la clase es la dificultad principal. Salvo en casos donde la clase proviene de un accidente masivo, o en los de derecho societario donde son todos los accionistas de una sociedad anónima, la inclusión de los individuos en una clase tiene un carácter algo arbitrario, tanto por lo que incluye como por lo que excluye. Es muy difícil que todos los que sufren discriminación en el empleo por razón de raza o sexo lo hayan sido en la misma forma, hay por lo tanto una inevitable gradación. Lo mismo ocurre en los casos de daños producidos por la contaminación. Por lo tanto corresponde a la responsabilidad del juez establecer un criterio estricto para la determinación de la clase. Los costos en probar la existencia de una clase también aumentan los costos del proceso. Una manera de reducir los costos cuando los miembros de la clase habitan en diferentes provincias es recurrir a la jurisdicción federal.

Generalmente son útiles cuando la prueba es compleja ya que ahorra los costos de su producción, pero no es igualmente útil cuando la

complejidad proviene de la determinación del derecho aplicable. La determinación del derecho constitucional aplicable requiere un debate constitucional amplio y puede ocurrir que el medio de las acciones de clase no lo provea. Es preferible una acción individual que incluya la presentación de memoriales de amicus curiae ya que permite tomar una decisión informada pero que puede ser corregida en otros casos si no tiene las consecuencias esperadas.

La acción de clase también requiere un esfuerzo adicional del juez para controlar la acción de los letrados participantes para que respeten los intereses de los miembros de la clase que están ausentes del proceso.

Las normas sobre acciones de clase.

Las acciones de clase en los Estados Unidos están reguladas por las Normas federales de Procedimiento Civil en el artículo 23.³⁷

³⁷ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23

Rule 23. Class Actions

a) Prerequisites to a Class Action.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

(c) Determination by Order Whether Class Action to be Maintained; Notice; Judgment; Actions Conducted Partially as Class Actions.

(1) As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits. (2) In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel. (3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class. (4) When appropriate (A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (B) a class may be divided into subclasses and each

La primera cuestión que un tribunal tiene que hacer en una acción de clase es determinar el nivel de heterogeneidad entre los miembros posibles de la clase, tomando el derecho de fondo aplicable como es y no como puede ser después de la aplicación del caso. Si las diferencias son muy importantes entonces la acción de clase fracasa, ya sea porque no se trata de un reclamo típico que cumple todos los requerimientos fundamentales de una norma de acción de clase o porque no cumple con el requerimiento de predominio. Por ejemplo, la determinación de si la responsabilidad es contractual o extracontractual puede variar en las visiones que tengan los actores.

En los requisitos federales para las acciones de clase se establece que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como representante si (i) la clase es tan numerosa que unir a todos los miembros en demandas individuales es impracticable, (ii) si hay cuestión de derecho o de hecho comunes a la clase, (iii) si las pretensiones o las defensas de los representantes son típicas de las pretensiones o defensas de las clases y (iv) si los representantes protegerán justa y adecuadamente (fairly and adequately) los intereses de la clase.

Para ser mantenida como una acción de clase el tribunal debe tener en cuenta varios puntos alternativos. En principio, la acción debe evitar que otras demandas de miembros individuales puedan crear un riesgo de fallos inconsistentes que establezcan estándares incompatibles de conducta para la parte que enfrente en juicio a la clase. O que estos casos individuales dispongan de los intereses de los otros miembros de esos procesos o impidan sustancialmente su habilidad de proteger sus intereses. Tampoco se mantiene la acción de clase si la demandada ha dado una compensación a la clase como un todo.

subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.

(d) Orders in Conduct of Actions. In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; (5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

(e) Dismissal or Compromise. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.

(f) Appeals. A court of appeals may in its discretion permit an appeal from an order of a district court granting or denying class action certification under this rule if application is made to it within ten days after entry of the order. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

Para mantener la acción de clase el juez debe establecer que las cuestiones de hecho o de derecho comunes los miembros de la clase predominan sobre las cuestiones que afectan a los miembros individuales y que la acción de clase sea superior a todos los otros medios existentes para una decisión justa y eficiente de la controversia. Las materias pertinentes para llegar a esta conclusión incluyen (i) el interés de los miembros de la clase para poder controlar la pretensión o defensa en controversias separadas. (ii) La extensión y naturaleza de cualquier litigio existente que sea concerniente a la controversia iniciada por los miembros de una clase. (iii) Si es deseable o no que se concentre el litigio de estas pretensiones en un foro determinado y (iv) las dificultades que pudieran aparecer en la administración de una acción de clase.

Dentro del procedimiento si el juez considera que los intereses de la clase predominan sobre los de los individuos, deberá, como sea posible dentro de las circunstancias, informar individualmente a todos los miembros de la clase que pudieran ser identificados. En esa información el tribunal expresara que se excluirán a los miembros individuales que no quieran pertenecer a la clase y lo hagan saber dentro del plazo que se determine, que el fallo que se dicta incluirá a todos los miembros de la clase salvo los que se hubieran excluido, y que el miembro que lo desee puede participar del proceso a través de representación letrada.

El fallo en una acción de clase deberá incluir y describir a aquellos a los que el tribunal considera como miembros de la clase. También una acción de clase puede ser mantenida con respecto a cuestiones particulares o puede ser subdividida en subclases y cada una de esas subclases considerara como una clase en sí.

Dentro de las medidas que puede tomar el tribunal en las acciones de clase están las de evitar la repetición indebida de pruebas o de argumentos; el requerimiento de protección de los miembros de la clase, esto incluye la consulta a los miembros de la clase para saber si son tratados equitativa y adecuadamente. También puede el juez eliminar referencias a los hechos alegados a personas que no están presentes en el juicio.

La acción de clase no puede ser desistida o conciliada sin la aprobación del tribunal y la propuesta o de conciliación debe ser hecha conocer a todos los miembros de la clase.

Queda a la discreción del juez permitir que la decisión que concede o niega la certificación de la clase sea apelable. La apelación no suspende el proceso si la certificación ha sido concedida, a menos que el juez disponga lo contrario.

Las normas federales sobre acciones de clase que fueron revisadas y adoptadas fundamentalmente en 1966 han tenido un efecto muy amplio en los Estados Unidos. Allí se establecieron los cuatro requisitos que unifican a todas las acciones de clase: una gran cantidad de partes en el juicio que hagan impracticable la solución individual, cuestiones comunes de derecho y de hecho, que las pretensiones sean típicas y una representación adecuada. Sobre esta base se inicia el procedimiento generalmente con una comunicación a todos los miembros de la clase cuando es posible y la exclusión de aquellos que lo soliciten a tiempo.

En el caso Amchem products, Inc. v. Windsor 521 U.S. 591.

la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que el objetivo central de la acción de clase es

“es superar el problema que los recuperos pequeños no proveen un incentivo a la acción individual de perseguir sus derechos. Una acción de clase resuelve este problema al hacer un agregado los recuperos potenciales relativamente escuálidos y transformándolo que valga trabajo de alguien, (generalmente el abogado.)”

Los intereses de los individuos al conducir acciones legales separadas pueden ser tan fuertes como para provoquen la denegación de la acción de clase. Por otra parte, estos intereses pueden ser más teóricos que prácticos, la clase puede tener un alto grado de cohesión y la conducción de la acción a través de representantes puede ser casi inobjetable, o los montos en juego de los individuos pueden ser tan pequeños que los juicios separados pueden ser impracticables.

El interés en el control individual puede ser elevado cuando lo que cada miembro individual tiene en juego es importante y su voluntad y habilidad para controlar sus asuntos es fuerte; pero el interés puede ser solamente teórico cuando el interés individual es tan pequeño que hace una acción separada impracticable. Cada actor en una demanda relativa al resarcimiento por lesiones personales y muerte, tiene un interés significativo en controlar individualmente el impulso de su caso, cada uno tiene un interés sustancial en tomar las decisiones individuales sobre si debe o no conciliar el juicio.

En las décadas desde la revisión de la Regla 23 en 1966, la práctica de las acciones de clase ha sido cada vez más aventurada como un medio de controlar reclamos demasiado numerosos para asegurar su determinación justa, rápida y económica en casos individuales. El desarrollo refleja la preocupación sobre el uso eficiente de los recursos de los tribunales y la conservación de fondos para compensar a reclamantes que no se ponen en la fila del litigio.

El Justice Breyer, mencionó la importancia de un acuerdo dentro de una acción de clase que incluía a millones de personas. Dijo:

Creo que la mayoría no percibe la importancia del acuerdo llegado en este caso. Entre 13 y 21 millones de trabajadores han sido expuestos al amianto en sus lugares de trabajo en los últimos 40 o 50 años..aprobar el acuerdo mejoró las posibilidades de compensación de los actores y redujo los costos de honorarios y

otros costos de transacción en un monto considerable. *Bajo el sistema anterior [sin acciones de clase] las víctimas más enfermas quedan habitualmente sin compensación a pesar que fondos importantes iban a otros que sufrían una enfermedad de amianto suave.*

Las acciones de clase no son tienen una función exclusiva de defensa de los derechos constitucionales. Pero son una herramienta útil en aquellos casos que una misma violación de esos derechos afecta a muchas personas que por los costos del proceso no pueden acceder a la justicia. De esta manera se reducen los costos de prueba, de honorarios de letrados, del esfuerzo en demandas diferentes y finalmente del procedimiento en múltiples juzgados.

El control judicial en la regulación económica.

Cuando una persona sufre un daño por una acción gubernamental, los tribunales requieren el cumplimiento del debido proceso y generalmente la necesidad de alguna reparación. Pero cuando este proceso ocurre y los perjudicados son millones, y el daño es producido no por un acto administrativo, sino por un acto legislativo o un reglamento, los tribunales se comportan de una manera mucho más cautelosa. Hay por parte de los jueces una confianza en el proceso legal y en los reglamentos para proveer de protección suficiente a los individuos. Se puede imaginar un conflicto que distingue entre la decisión judicial y la confianza en el proceso político en un sistema democrático.

De la división de poderes a la confusión de poderes.

En nuestro país este argumento tiene una distorsión debido a la adopción dentro de un sistema de división de poderes de instituciones de sistemas de confusión de poderes. Es decir que en un sistema de gobierno presidencial se han introducido normas administrativa importadas de los sistemas parlamentarios. Se ha querido explicar esta situación como la de tener un régimen constitucional de origen norteamericano y un sistema administrativo de origen francés, lo que ha sido llamado las dos caras de Jano.³⁸ Sin embargo, esto daría la impresión que se trata solamente de una asociación o confusión de fuentes jurídicas, a lo cual el principal problema imputable sería el de la inconsistencia. La situación es mucho más grave porque pone en juego la estabilidad de sistema de gobierno democrático. Debido a que **sobre un sistema de división de poderes se utilizan instituciones de origen parlamentario.**

En el sistema presidencial o de división de poderes, los ciudadanos eligen separadamente, en fechas y en períodos diferentes a quienes ocuparán cargos en el Congreso y al Presidente. Por esta división de poderes **la voluntad de los legisladores no coincide con la del Presidente y sus competencias están separadas por la**

³⁸ “El derecho público argentino ha terminado por parecerse al dios Jano: su vertiente constitucional se orienta hacia el sistema norteamericano; su vertiente administrativa hacia los regímenes del continente europeo.” H. Mairal, Control Judicial de la Administración Pública. Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. VII.

Constitución. Está firmemente establecida en la tradición republicana de la separación de poderes que la reglamentación de los derechos constitucionales corresponde al Poder Legislativo.

En los sistemas parlamentarios la situación es diversa, los ciudadanos eligen principalmente, en algunos casos, únicamente a sus representantes al **Parlamento**. La función de éstos no es exclusivamente la de legislar, sino la de **invertir y la controlar al gobierno**. Para ello existen los votos de investidura y de censura por los cuales se designa y se destituye a un gobierno. En el sistema parlamentario el gobierno depende de la voluntad del parlamento, que lo puede destituir, requiere en todos los casos, de la confianza parlamentaria para seguir gobernando. Esto último ocurre en todos los casos, aún en sistemas de parlamentarismo atenuado como el que existe en Francia desde 1958 y de Alemania desde 1949.

Debido a que **en sistema parlamentario el gobierno es consecuencia de la voluntad del parlamento y depositario de su confianza, éste último puede delegar en el gobierno la función legislativa**. Existe entre el Parlamento y el Gobierno la relación de principal a agente. Como agente del Parlamento el Gobierno legisla siguiendo sus instrucciones. En caso que la legislación no fuera del agrado del Parlamento éste podría censurar al Ministro en cuestión o más aún a todo el Gabinete. Estas prácticas eran habituales en el sistema Francés de la Tercera República y de la Italia monárquica de las cuales los juristas argentinos tomaron los fundamentos del derecho administrativo en las primeras décadas del siglo XX.

De esta práctica parlamentaria, hipertrofiada en la Argentina por la arrogancia de los gobernantes y la desidia de los jueces, han aparecido instituciones como los reglamentos autónomos, y los decretos de necesidad y urgencia. Al mismo tiempo ha tenido un crecimiento desordenado la delegación legislativa, institución típicamente parlamentaria. Más graven aún, las prácticas legislativas parlamentarias, fuera de un sistema de responsabilidad política parlamentario, crean una fuerte tendencia al autoritarismo. No solamente por quién ejerce el Poder Ejecutivo, sino hasta el último funcionario que pueda dictar un reglamento. Buchanan acuñó la frase del **“burócrata Dios”** para referirse al poder a veces omnímodo de ciertos funcionarios en el estado de bienestar. Se refería a la función puramente administrativa, en nuestro país cumple también la función legislativa.

Existe un conflicto latente entre el crecimiento de la legislación ejecutiva y el control judicial. Los sistemas parlamentarios europeos tradicionales no tienen **control judicial de constitucionalidad difuso**. Un ejercicio estricto del control de constitucionalidad por los jueces limitará probablemente en el futuro la legislación por la administración. A menos que la mente judicial sea contaminada por la

doctrina administrativa europea, propia de sistemas parlamentarios, que ha sido transplantada en estas tierras.

La confusión entre el sistema parlamentario y el presidencial como fuente de poderes legislativos al Presidente ha sido descripta y criticada en la disidencia del caso Cocchia.

El caso Cocchia, Fallos 316:2624, de 1994. Voto en disidencia de los doctores Fayt y Belluscio.

"5) Aun cuando la invocación conjunta de los incs. 12 y 22 del art. 86 de la Constitución nacional pueda generar dudas sobre la naturaleza del reglamento sub examine, es manifiesto que el demandado no ha entendido ejercitar una competencia extraordinaria en circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia, en su carácter de Jefe supremo de la Nación y cabeza de la administración general del país', sino que ha entendido que su actuación se hayaba comprendida en la delegación que el Congreso le habría explícitamente conferido en el art. 10 de la ley 23.696 y en otras normas legales atinentes al programa económico de gobierno.

"6) Que, en lo que respecta a la existencia de tal directiva, el art. 10 de la ley 23.696 aparece notoriamente insuficiente como norma habilitante para que el Poder Ejecutivo suspenda la vigencia de convenios colectivos de trabajo y deje sin efecto 'todo acto normativo' que establezca 'condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de decisión o administración empresaria, conforme lo dispuesto por los arts. 64 y 65 de la ley de contrato de trabajo', tales como las que menciona el art. 35 del decreto impugnado, disposición aplicable a todas las 'actividades portuarias, conexas afines'.

"En primer lugar, porque el citado art. 10 se limita al objeto definido por el legislador en el cap. II de la ley 23.696 (empresa, establecimiento, actividad declarada por ley sujeta a privatización), que remite al anexo de la ley en lo concerniente a la 'Administración General de Puertos, Descentralización y provincialización', lo cual tiene un alcance mucho más limitado que el que resulta del ámbito personal y material de aplicación de las normas declaradas inconstitucionales por el tribunal a quo (cfr. art. 34, decr.817/92).

"En segundo lugar, en razón de que la pretensión del Estado nacional entraña una suerte de delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este tribunal.

"7) Que el fundamento de tal negativa reposa en la esencia del sistema constitucional argentino, en el cual -como en su fuente, el constitucionalismo americano- tanto la ruptura del equilibrio entre los poderes constituidos como la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituyentes, comportan la muerte del sistema y la no vigencia del estado de derecho. En efecto, en los regímenes de ejecutivo de origen presidencialista -que recibe su legitimación del pueblo soberano-, las delegaciones

legislativas que favorecen la concentración del poder provocan - aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general- la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no tiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo es evidente que ha muerto el estado constitucional de derecho.

"Por el contrario, la delegación legislativa y la delegación de competencias en una estructura de gobierno de ejecutivo de origen parlamentario no representa riesgos para las libertades individuales. Ello es así porque la continuidad del ejecutivo al que se le delega la capacidad de legislar del propio parlamento, que mediante el voto de confianza o el voto de censura ejerce un control continuado sobre el ejercicio de las facultades conferidas, sin peligro de que el poder -o el exceso de poder- tienda a devenir tiránico.

El Control Judicial y los recursos públicos.

La división de poderes impone una gran tarea a los jueces. Son los guardianes que impiden la acumulación del poder en una rama del gobierno y también los que aseguran la utilización correcta de los recursos públicos. Podría pensarse que en una sociedad democrática la asignación de recursos debiera ser efectuada por los representantes populares exclusivamente. Pero en la asignación de recursos se plantea también el principio contramayoritario propio del control judicial.

Gordon Tullock, sostiene que **la regla de mayoría produce un presupuesto gubernamental ineficientemente grande.** Cada propietario apoya niveles extremadamente altos de gastos en la construcción o reparación del camino a su casa porque el costo en dinero es muy bajo para él, porque son los demás contribuyentes sobre todo los que pagan su gasto. Una mayoría puede unirse para cobrar impuestos sobre el 100% de la población y sobre mantener sus propios caminos. Luego que una coalición se forme y obtenga buenos caminos a través de altos impuestos, una minoría puede hacer caer suficientes votantes para transformarse en una mayoría y votar para desarrollar sus propios caminos. La llave aquí es que el apoyo de los votantes para beneficios privados provistos en forma pública beneficia bajo condiciones en que no asuman ellos, el costo completo de los aumentos presupuestarios marginales. En la asignación de recursos públicos la función judicial asegura que no se establezcan privilegios excesivos ni que se haga un gasto desmesurado como consecuencia de la dinámica de los poderes políticos.

Esta introducción sobre los intereses y valores de los jueces nos recuerda en el análisis del proceso judicial, que éstos no son diferentes del resto de los hombres y mujeres, y que por lo tanto

tienen una filosofía de vida a veces no reconocida. Esta filosofía puede ser exagerada, pero existe en cada uno de nosotros una tendencia que da coherencia a la dirección de nuestros pensamientos y de nuestra acción. Los jueces no pueden escapar a esto más que el resto de los mortales. Toda su vida fuerzas que no reconocen y no pueden mencionar están peleando dentro de él o de ella: los tiempos heredados, tradiciones y creencias convicciones adquiridas, un conjunto de situaciones de prejuicios que empujan y presionan nuestras convicciones. Entre todas estas influencias deben incluirse los criterios económicos que acepta el juez. Los códigos y las leyes no transforman el juez en superfluo ni su trabajo es mecánico. Hay espacios que rellenar, hay dudas y ambigüedades para ser resueltas, hay dificultades y errores que deben ser mitigados cuando no evitados. Podría decirse que la función del juez debería ser descubrir cual es la intención del legislador, pero descubrir la función del legislador puede llegar a ser un problema más sencillo que el juez tenga que superar para darle un sentido a la norma. La realidad es que las dificultades de interpretación surgen porque el legislador no tiene una intención definida. Cuando la pregunta se plantea sobre el objetivo o contenido de una norma probablemente no se lo haya planteado nunca el legislador, cuando lo que los jueces tienen que hacer es determinar lo que la legislatura quiso decir en un punto, pero adivinar que es lo que tenían intención en un punto que no estaba presente en su mente en ese momento, si es que ese punto alguna vez existió en la mentalidad de los legisladores. La norma finalmente frente a los jueces es fragmentaria y sin objetivos determinados. El juez es un intérprete para la comunidad de su sentido del derecho y debe suplir las omisiones, corregir las incertidumbres y armonizar los resultados a través de un método de libre decisión, lo que tradicionalmente se llamaba la libre búsqueda científica. No hay garantía de justicia excepto la personalidad del juez. Las grandes generalidades de la Constitución tienen un contenido y un significado que varía en cada época. A veces la norma en la Constitución es clara y entonces la dificultad desaparece aun cuando estén presentes, carecen del tiempo y elemento de misterio que acompaña la energía creadora. Llegamos a un espacio de misterio cuando la Constitución es silenciosa y el juez tiene que buscar en los precedentes de una norma que se pueda aplicar al caso, y él es el oráculo vivo de la ley.

Los precedentes son concepciones jurídicas básicas, son los postulados del razonamiento judicial, dentro de ellos están los hábitos de vida, las impresiones de la sociedad en las cuales estas concepciones tuvieron su origen y que por un proceso de interacción serán modificadas en su momento. Cada caso nuevo se experimenta, y si la regla aceptada que parece ser aplicable da un resultado que es reconocido como injusto, entonces esa norma es considerada.

Por cada tendencia judicial aparece una contra tendencia, para cada regla su antinomia. Nada es estable, nada es absoluto, todo es fluido y

cambiante, siempre hay un devenir permanente, estamos junto a Heráclito. En este perpetuo devenir el problema que confronta el juez es en realidad doble. El debe primero extraer de los precedentes el principio básico: La *ratio decidendi*, debe entonces determinar el paso o la dirección a través de la cual el principio debe moverse y desarrollarse, si no debe deteriorarse, secarse y morir. Los casos pasados no muestran sus principios con solo pedirlos, ellos lo entregan con dificultad y lentitud. Porque la cosa juzgada viene a nosotros muchas veces rodeada de un *obiter dictum* oscurecedor que debe ser limpiada y dejada de lado. Pero esta dicta no está siempre marcada, y uno no la reconoce con una simple vista. Si es difícil separar lo accidental y lo no esencial, presumamos que esta tarea si es realizada, y que el precedente es reconocido, solo tenemos la mitad de la tarea, el problema permanece para establecer los límites y las tendencias de desarrollo y de crecimiento. Aquí es donde el juez utiliza otros elementos que marcaré en una progresión lógica. Al lado de la regla de la analogía o del método de la filosofía, luego la línea del desarrollo histórico al que llamaré método de evolución, luego la línea de las costumbres en la comunidad a la que llamaré método de tradición, las líneas de justicia, moral y costumbres del momento y a esto llamaré el método de la sociología. De acuerdo a Holmes que dijo la vida del derecho no es la lógica, es la experiencia.³⁹ Pero Holmes no nos dijo que la lógica debe ser ignorada cuando la experiencia es silenciosa. No voy a alimentar la simetría de la estructura legal por una introducción a las inconsistencias e irrelevancias y excepciones artificiales a menos que con suficiente razón, que será comúnmente una consideración de historia, de costumbre o de política. Si me falta esa razón debo ser lógico, de la misma manera que debo ser imparcial.

La doctrina de la decisión judicial en Cardozo.

Benjamín Cardozo es quién inicialmente determinó la teoría de la decisión judicial. Creo que lo importante de la doctrina de Cardozo es recordarnos que el derecho es también producto del precedente, y como forma de creación del derecho no en el proceso político, pero si en el proceso judicial.⁴⁰ El proceso judicial es la garantía de la relevancia del precedente como forma de creación de derecho, porque en el precedente por ser su origen dentro de un proceso judicial se consideran en forma equilibrada todos los argumentos posibles sobre una cuestión. No solamente utiliza el juez el método normativo para la toma de la decisión, sino que están el método filosófico, el método de la historia y de la tradición. En el final Cardozo prueba el método de la sociología. Nos recuerda éste método entonces novedoso y habla con franqueza del juez como legislador y nos dice que reglas derivadas de un proceso de deducción lógica, de concepciones preestablecidas de los contratos y las obligaciones han desaparecido frente a la acción

³⁹ Oliver Wendell Holmes. The Path of Law. 1897. Harvard Law Review. 10:459.

⁴⁰ Benjamin Cardozo. The Nature of the Judicial Process. 1921.

erosiva lenta pero estable de la utilidad y de la justicia. Y en esto cita a Duguit. Nos estamos separando de la concepción del pleito como un problema matemático o como un juego de deportistas, pensamos en el fin que el derecho debe servir, y llevamos sus reglas para el cumplimiento de ese servicio. Esta concepción del fin del derecho como determinante de la elección de su crecimiento fue una gran contribución de Ihering a la teoría de la jurisprudencia y que encontró su órgano, su instrumento en el método de la sociología. No puede encontrarse sabiduría en la búsqueda de un paso, de un camino, a menos que sepamos a donde nos lleva. La concepción teleológica de su función debe estar siempre en la mente del juez. Esto significa que la **filosofía jurídica es en el fondo la filosofía del pragmatismo**. Su verdad es relativa no absoluta. La norma que funciona bien produce un título digno de reconocimiento. Solo en determinar como funciona no debemos verla de una manera demasiado estrecha. No debemos certificar lo generado en lo particular. No debemos arrojar a los vientos la ventaja de la consistencia y uniformidad para hacer justicia en el caso concreto. Debemos mantenernos dentro de los límites que el precedente, la costumbre y la larga y silenciosa y prácticamente indefinible práctica de los demás jueces a través de los años han hecho de las innovaciones en las decisiones judiciales. Pero dentro de los límites establecidos dentro del marco en el que se mueve la selección, el principio final de selección para los jueces debe ser como para los legisladores la utilidad para el fin buscado. Cita a Saleilles el fin en la vida interna, el alma oculta pero generadora de todos los derechos. No recogemos las normas del derecho más duras de los árboles. Cada juez consultando su propia experiencia debe ser consciente de los tiempos a través de los cuales vive y cuando el ejercicio libre de la voluntad y dirigido con el objetivo del bien común determina la forma y la tendencia de una norma que en el momento tuvo su origen en un acto creativo.

La concepción de Savigny del derecho como algo realizado sin lucha o búsqueda u objetivo, un proceso de crecimiento silencioso, de maduración en la vida y en las maneras de la historia del pueblo y en su genio dan una imagen incompleta y parcial. Es una visión parcial, y por lo tanto falsa, en la medida que implica que las costumbres del día automáticamente armadas como normas, crecidas y listas para utilización, son dadas al juez. Una jurisprudencia que no es traída constantemente en relación con el objetivo o los estándares externos incurre en el riesgo de degenerar en lo que los alemanes llaman una jurisprudencia de sentimiento. Concluye diciendo *“Mi análisis del proceso judicial llega a esto: a la lógica y la historia y la costumbre y la utilidad y los estándares aceptados de la conducta correcta, son las fuerzas que individualmente o en combinación establecen el progreso de la ley.”* Cual de estas fuerzas dominará en cada caso depende en gran medida sobre la importancia comparativa o el valor de los intereses sociales, que deben ser promovidos o limitados. Menciona también como aplicables a los principales sociólogos de la época, como

Durkheim y Tarde. Es conveniente observar que los autores que cita son o alemanes o franceses, por lo tanto ha querido buscar en esta doctrina una visión superadora a la tradición puramente anglosajona del common law.

Esta doctrina del precedente es importante para comprender la incorporación de la economía al análisis del derecho. **De la misma manera que dentro de la acción del juez en el proceso judicial, que acepta argumentos de las partes que incluyen lo normativo, lo histórico, lo valorativo, visiones filosóficas y, sin duda argumentos sociológicos, es conveniente y útil también incorporar los argumentos económicos.** La ventaja de utilizar argumentos económicos claramente **es preferible a un sistema en el que los jueces oculten la decisión que consideran conveniente y disfracen la decisión del proceso judicial,** la sentencia, a través del **lenguaje jurídico** o el lenguaje normativo. **El lenguaje normativo es un tradicional justificador de decisiones,** es por eso que es preferible decir claramente la opinión correcta que lleva la decisión judicial que ocultarla con otro tipo de argumentos. La importancia del estudio de la economía o del análisis económico en el derecho y sobre todo la decisión judicial es que incorpora la principal ciencia social *dura* al estudio del derecho. La economía y particularmente el análisis marginal, que es un análisis microeconómico, la **transforman en una ciencia predictiva. Y este elemento de una ciencia predictiva es su principal justificación.**

Si todos los bienes deseables son escasos, y la conducta centrada en el interés propio es consecuencia de esa escasez, las decisiones judiciales inevitablemente crearán, transferirán o destruirán derechos valiosos que afectan las decisiones de la gente. Aun la administración de justicia es escasa, ya que lo que se asocia al proceso, los costos de los abogados, los impuestos de la justicia, el tiempo, todos los altos costos de litigar, sumado a los riesgos de error en la decisión y los costos de las apelaciones hacen que vivamos en un mundo donde la administración de justicia es también escasa. Particularmente el alto costo de transacción que insume el tiempo para concluir un proceso judicial. Los jueces deben responder a la escasez. Los efectos de una decisión judicial, quien finalmente será beneficiado por una decisión y quien perjudicado, deben ser anticipados. **La incertidumbre sobre el precedente que el juez crea, es el más elevado costo de transacción en la administración de justicia.** Las respuestas públicas y privadas a la decisión tomada por el juez pueden además variar los efectos de lo que el juez intentó lograr con su fallo. La que caracteriza el análisis de los precedentes es la creencia que el conocimiento de los efectos posibles de una decisión, las respuestas que se tomarán y la posibilidad y la posibilidad de predecir una decisión son preferibles a la incertidumbre.

Podemos imaginar tres propuestas para un análisis de los precedentes referidos a la conciencia que deben tener los jueces de la extensión de sus actos:

1. Los **jueces deben ser conscientes que sus decisiones crean incentivos** que **influyen la conducta ex ante de los actores económicos** luego que su fallo haya sido conocido. Por lo tanto, los intentos de limitarse a considerar las consecuencias ex post van a alterar o revertir las señales que son deseables desde una perspectiva ex ante. Hay frente a un caso un análisis ex ante y un análisis ex post. Lo habitual es que el juez tome una decisión ex post, ya que conoce el caso luego que han ocurrido los acontecimientos. Pero con respecto a las consecuencias de ese precedente el juez debe analizar cual sería la conducta probable ex ante para futuros casos que ocurren luego de la determinación de su precedente.

2. **Los jueces deben tener presentes los efectos marginales de su decisión** y no los efectos promedio. La influencia de las consecuencias de su fallo, serán consideradas en los efectos marginales, y esto lleva al análisis de las diferentes consecuencias que puede tener una decisión judicial. Para decirlo de una manera más sencilla, las sentencias tienen consecuencias en varios márgenes diferentes y no en los más evidentes exclusivamente.

3. Los jueces deben incluir en su análisis la naturaleza de la legislación, en particular **la influencia de los grupos de interés en la sanción de la legislación**, porque esta influencia puede variar el significado que se da a esa norma. Suele ocurrir que una ley sea un equilibrio entre diferentes grupos de interés y por lo tanto, deba ser analizada como un contrato entre partes que compitieron por la decisión legislativa. En ese caso la decisión judicial debe reconocer el equilibrio similar a un contrato que expresa a la voluntad negociadora entre partes que influyeron sobre los legisladores con representación más real del acto legislativo que imaginarlo consecuencia de la voluntad general.

A pesar de lo que pensaban los positivistas de fines del siglo XIX el derecho no es un sistema lógico cerrado.⁴¹ Cada litigio o incluso cada debate jurídico incluye definiciones sobre la situación de las cosas fuera de lo normativo, y esto es un requerimiento normal si el derecho tiene que tener alguna consecuencia sobre la realidad. Estas disputas sobre cuestiones de hecho, que intentan describir la realidad pueden ser muy difíciles de resolver. Todo litigante intenta predecir las consecuencias de la decisión judicial y también como afectarán a casos futuros. Pocas opiniones judiciales evitan las predicciones sobre los efectos de ese precedente.

⁴¹ Para una crítica amplia a este concepto ver Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires, Eudeba.

Tanto los litigantes como los jueces creen que los efectos de la decisión son importantes en la determinación del resultado del caso. Estas predicciones generalmente están basadas en un análisis económico tácito y generalmente imperfecto. **Es preferible hacer un análisis económico ostensible, abierto, utilizando herramientas precisas para tener una más clara idea de las consecuencias del fallo.** El análisis ex post, el análisis ex ante, el reconocimiento de los efectos marginales, el reconocimiento del carácter de la legislación como consecuencia de la influencia de grupos de interés, el análisis de costo beneficio para reconocer los medios utilizados por el legislador para los objetivos esperados, son todas herramientas útiles que pueden agregarse a las ya existentes en el análisis del derecho. Es este el caso del análisis económico. La consideración de los efectos marginales al decidir casos judiciales no tiene un fin normativo, pero es informativo y en muchas circunstancias puede equilibrar otros conceptos. Tener más y mejor información es preferible que tener menos y peor, el análisis económico es valioso para determinar las consecuencias de los fallos, inclusive para asegurarse de obtener los objetivos deseados por el juez. Un juez bien intencionado puede crear incentivos que creen consecuencias contrarias a sus aspiraciones al dictar la sentencia, porque ignora herramientas útiles para la determinación de los incentivos.

Los caminos alternativos para predecir los efectos de decisiones, generalmente algo parecidos a la adivinanza, creencia en contra factos y la superstición no son más atractivos simplemente porque el análisis económico pueda ser incompleto. La economía parte de algunos conceptos importantes. Uno es la **maximización**, la creencia que todos tendemos a maximizar nuestra utilidad. También lo es los efectos de una **decisión racional**, o dentro del sistema de racionalidad limitada. Puede haber modelos económicos formales que excluyan relaciones personales, pero generalmente un modelo incluye elementos que normalmente tendemos a ignorar. El agente tiende a cambiar sus preferencias y todo lo que van a hacer aun cuando no sepan en que terminará, puede ser evaluado dentro de un modelo económico.

Cuando **se ignora del análisis económico del derecho se crea una tendencia a exaltar la redistribución de los bienes y a no considerar con demasiado interés la creación de nueva riqueza.** Todo gobernante, y también los jueces, se ven atraídos por un afán redistributivo y sufren una especie de negligencia en el análisis de como se crea la riqueza que después se podrá redistribuir. Un gobierno puede actuar sin tener en consideración las consecuencias de los costos de sus acciones, pero **en general y en largo plazo el descuido de los costos lleva a situaciones catastróficas y a**

injusticias mucho más graves que las que se quiso evitar en el origen.⁴²

Al mismo tiempo, cuando la decisión judicial se refiere a temas de contenido estrictamente económico, mantener las reglas de la libre competencia es una forma de asegurar que todos los sectores sociales se benefician de los frutos de su trabajo y no solamente los que pueden influir en la regulación estatal.

El principal fundamento del control judicial es que los jueces sean de alguna manera una valla o un freno para las otras ramas del gobierno y a la insistencia que éstos persigan sus objetivos de manera que, al mismo tiempo, respeten la división de poderes y los derechos individuales. La idea que los jueces puedan reemplazar a las otras ramas o aun establecerse como grandes reconstituyentes de la sociedad civil es contrario al proyecto constitucional.

Son también los jueces una valla, un límite a ciertas **tendencias redistributivas** que pueden tener los poderes políticos por fines electorales o por cumplimiento de fines políticos pero que pueden ir en contra de los mandatos constitucionales, porque son fundamentalmente o expropiaciones ocultas o confiscaciones.

⁴² Para un estudio empírico de las consecuencias sobre los sectores más carenciados de regulaciones económicas supuestamente bien intencionadas ver Hernando de Soto, *The Other Path*. Perennial Library. 1989.

Las consecuencias económicas de las precedentes constitucionales.

Podemos iniciar nuestro análisis con los casos emblemáticos sobre los límites de la regulación económica a través de los estándares del debido proceso de ley. El primer caso es anterior a la aplicación estricta de este criterio, pero tiene la curiosidad que establece la tesis permisiva en materia de regulación económica que se consolidaría luego de 1937 hasta los años '80.

Los casos de los Mataderos. Slaughterhouse Cases 16 Wall. 83 U.S. 36 (1873),

Argumentado del 3 al 5 de febrero de 1873, decidido el 14 de abril de 1873 por voto de 5 a 4; Miller para la Corte, Field, Bradley, Chase y Swayne en disenso. Los casos Slaughterhouse, “ de los mataderos”, consistieron en tres demandas precipitadas por una ley de Louisiana que incorporaba la compañía Crescent City Live-Stock Landing and Slaughtering y requería que la carnicería o matanza de animales en Nueva Orleans se hiciera en su predio. Los casos le dieron la primera oportunidad importante a la Suprema Corte de interpretar el significado de la decimocuarta enmienda, ratificada en 1870. En una opinión que permanece controversial pero que nunca fue desestimada, la mayoría de los ministros limitó severamente el significado de los privilegios o la cláusula de inmunidad de la primera sección de la decimocuarta enmienda.

Louisiana aprobó la ley en cuestión en una época en que muchos gobiernos estatales y locales estaban haciendo reformas de salud. Regulaciones para controlar la matanza de animales fueron sancionadas en muchas localidades, porque era un negocio que comprendía graves riesgos de salud para los vecinos de alrededor en una era previa a la tecnología moderna de refrigeración y control insecticida. Centralizar las operaciones de matanza en un lugar era un medio de regulación.

A pesar que un estado en sí mismo podía construir y operar un nuevo matadero, era una práctica común de los estados asociarse con

empresas privadas para asumir los gastos de proveer las facilidades necesitadas por el público para un monopolio regulado por el gobierno. Por las características financieras luego de la guerra civil, Louisiana eligió esta alternativa. Sin embargo, esta decisión presentaba el problema de elegir quién tendría el privilegio de incorporar la nueva compañía del predio de matanza y de obtener la prolija ganancia que probablemente se acumulara. Como era común en los Estados Unidos del siglo diecinueve, el privilegio se le dio a un grupo de individuos ricos con influencias políticas, que introdujo a los líderes políticos en este tema. Naturalmente, cuando los gobiernos elegían este método para proveer servicios públicos o facilidades, se arriesgaban a cargos de corrupción. Los ciudadanos insatisfechos percibían tales transacciones para conferir privilegios especiales ilícitos sobre los pocos influenciados a expensas del resto de la gente.

Este fue especialmente el caso en Louisiana. Ese estado estaba gobernado por republicanos, elegidos primariamente por votantes negros autorizados como parte de la reconstrucción. La mayoría de los blancos de Louisiana creían que los líderes blancos del partido republicano de Louisiana eran oportunistas solo interesados solamente en estafar y robar. Los demócratas dijeron que la ley del predio de matanza era otro ejemplo de la corrupción de los republicanos, a pesar de que tanto republicanos como demócratas estaban entre los que eran accionistas de la compañía de Crescent City.

Las leyes del predio de matanza impuestas por los estados eran seriamente inconvenientes para los carniceros. Algunos de ellos estaban acostumbrados a matar a los animales en su propia propiedad. Otros, como aquellos en Nueva Orleans, habían formado asociaciones de comercio que operaban mataderos. Ahora se les requería hacer su negocio a cierta distancia de su ciudad y a menudo en un solo centro donde se les requería pagar una suma de dinero. En muchos lugares, los carniceros afectados hicieron demandas desafiando la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, pocos litigantes o consejeros a fines de 1860 y principios de 1870, percibieron el potencial de la decimocuarta enmienda para proteger los derechos comunes de los ciudadanos blancos; había sido discutido casi enteramente en términos de la controversia de esclavitud. Así, los carniceros trajeron sus demandas a Cortes estatales, alegando violación de las constituciones estatales. Perdieron en todos lados, con las Cortes estatales que sostenían que las leyes eran ejercicios legítimos del poder policial - el poder de hacer leyes y promover la salud, seguridad, y moral de la comunidad.

Sin embargo, los carniceros de Louisiana tenían abogados destacados, entre ellos John A. Campbell, antiguo ministro de la Suprema Corte, que había renunciado cuando su estado se retiró de la Unión. Campbell envió una petición a la Corte estatal local por una demanda

de la Asociación Benevolente de Carniceros, que operaba un predio de matanza para sus miembros. Le pidió a la Corte que impidiera a la compañía de Crescent City interferir con el negocio de matanza de la asociación o con el de sus miembros. A pesar de que Campbell presentó argumentos similares a aquellos formulados por los carniceros en otros estados, adicionó el nuevo reclamo que la ley contravenía la decimocuarta enmienda. La nueva corrección prohibía a los estados promover “cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”, entre los que, argumentó Campbell, estaba el derecho de trabajar libremente en un interés honesto.

Cuando los casos de los Mataderos alcanzaron la Suprema Corte en 1873, los ministros se enfrentaron a un dilema mayor. El partido republicano, apoyado por la gente del norte, había dado el marco a la decimotercera, decimocuarta y decimoquinta enmiendas en una lucha política que se encaminaba hacia el futuro lugar de los afro americanos en la sociedad americana. Ratificando las enmiendas y apoyando al partido republicano, la gente indicó que los americanos negros deberían tener los mismos derechos civiles y políticos que los americanos blancos. Además, la retórica de los debates sugería una creencia vaga pero general de que todos los americanos, blancos y negros, tenían ciertos derechos fundamentales que habían sido violados en interés de la esclavitud y que deberían ser asegurados contra esa violación. Al mismo tiempo los republicanos estaban comprometidos a mantener lo esencial del sistema federal. Insistieron en que la responsabilidad primaria para las relaciones gobernantes entre americanos y para proteger sus derechos de la violación por otros permanecería con los estados.

Los republicanos trataron de reconciliar los dos compromisos enmarcando leyes y enmiendas constitucionales que autorizaban al gobierno nacional a intervenir cuando los estados por sí mismos infringían los derechos. Además, esas leyes y enmiendas evitaban delicadamente hacer de los americanos negros el objeto especial de protección. Garantizaban igualitariamente los derechos de todos los americanos. Pero de hecho los republicanos no habían solucionado el problema, y los casos del predio de matanza hacían clara la falla. No se trataba de una violación de los derechos civiles de los antiguos esclavos o de la libertad de expresión de los sindicalistas blancos, lo que estaba en cuestión en este caso, sino una regulación sobre la salud pública, parecida a muchas aprobadas en todo el país. Si la Corte Suprema aceptaba que la decimocuarta enmienda la autorizaba para revisar dicha legislación, esperaría apelaciones similares cada vez que cualquier persona creyera que una regulación policial le denegara los derechos básicos. Además, la Corte estaría en efecto reconociendo el poder del Congreso para intervenir también, porque la quinta sección de la decimocuarta enmienda lo autorizaba a aprobar la legislación apropiada para reforzar las otras secciones. Si la Corte

declinaba revisar tales apelaciones, ¿cómo podía evitar que se dañaran las garantías que la decimocuarta enmienda aseguraba según había sido diseñada?

La Corte se dividió dramáticamente en el tema. Una escasa mayoría reglamentó que los privilegios o la cláusula de inmunidades no protegían tales derechos fundamentales como el derecho al trabajo, mientras que cuatro ministros disintieron. El ministro Samuel F. Miller entregó la opinión de la mayoría. Concluyó que “el único propósito permeable” detrás de las enmiendas de la guerra civil era asegurar la libertad de los americanos negros, y no expandir o adicionar protecciones para los derechos de los blancos (p. 71).

Interpretando la cláusula de inmunidades o privilegios, Miller expresó que sólo impedía a los estados restringir “los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”. Aún luego de la guerra civil la mayoría de los americanos continuó haciendo una rígida distinción entre aquellas áreas donde los estados tienen jurisdicción y aquellas áreas entre la jurisdicción del gobierno nacional. Miller aludió a esta distinción para limitar el alcance de la decimocuarta enmienda. El término “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos” debía diferenciar entre aquellos derechos asociados con la ciudadanía estatal y aquellos asociados con la ciudadanía de Estados Unidos, insistió. La decimocuarta enmienda sólo prohibía a los estados restringir lo último.

Desde la fundación de la Unión se les concedió a los estados tener autoridad final sobre tales derechos básicos como el derecho al trabajo, Miller expresó. La decimocuarta enmienda no tenía nada que ver con ese derecho. Sostener otra cosa, Miller explicó, haría que “esta Corte fuera un censor perpetuo de toda la legislación de los estados, en los derechos civiles de sus propios ciudadanos”, autorizados para anular cualquier ley que ella crea que violó esos derechos (p. 78). Además, el Congreso tendría el mismo derecho a intervenir. Con alguna justificación Miller argumentó que el pueblo americano no tenía tal entendimiento de la enmienda cuando la discutían y ratificaban.

Los casos de los mataderos fue muy criticado por quienes argumentaban que Miller achicó artificialmente el alcance de la cláusula de inmunidades o privilegios. No sólo impuso una distinción entre los derechos del estado y la ciudadanía nacional que no había estado en las mentes de los creadores, sino también el lenguaje de la opinión implicaba que los derechos de ciudadanía nacional eran pocos. Algunos juristas y ministros de la Corte Suprema del siglo veinte argumentaron que los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos incluían al menos aquellos listados en el Bill of Rights.

Los críticos se quejan que la decisión del predio de matanza debilitó severamente la capacidad del gobierno de proteger los derechos de los hombres libres. Hay mucha evidencia que indica que las decisiones, de hecho, tuvieron ese efecto. Aquellos que se oponían a la acción nacional para proteger los derechos de los ciudadanos afro americanos en la década de 1870, le apuntaron para justificar su posición.

Esta doctrina fue revisada totalmente en el caso Allgeyer.

Allgeyer vs. Louisiana 165 U.S. 578 (1897), la libertad de contrato.

Planteado el 6 de enero, 1897, decidido el 1 de marzo de 1897 por voto de 9 a 0; Peckham para la Corte. En Allgeyer vs. Louisiana la Corte Suprema por primera vez estableció una ley estatal como inconstitucional por privar a una persona del derecho de contratar. El caso surgió en Louisiana, que como en otros estados prohibía que las empresas operaran en el marco de su jurisdicción a menos que tuvieran ciertas condiciones. Para aplicar esta política, Louisiana hizo que fuera ilegal para sus habitantes ser parte de ciertos contratos de seguros por correo con compañías que operaran fuera del estado. Allgeyer & Co. Fue enjuiciada por ser parte de tal contrato de seguro con una compañía de Nueva York. La Corte sostuvo que el contrato fue efectuado en Nueva York y legítimo en Nueva York. La Corte luego sostuvo que la Cláusula de debido proceso de la catorceava enmienda garantizaba el derecho a entrar en contratos legítimos.

Allgeyer vs. Louisiana se convirtió en el caso clave al establecer la doctrina de **“la libertad de contrato”**. A pesar de que la opinión en sí misma sólo declaró que el derecho de concluir contratos legítimos era una libertad protegida por la Cláusula del debido proceso, las Cortes desarrollaron el principio de que la libertad de contrato era la regla y restricción de excepción, cuya razonabilidad los estados tenían que justificar. Los empleadores regularmente citaban este principio para desafiar a la legislación que regula los términos de empleo - estableciendo horas máximas de trabajo o salarios mínimos, por ejemplo. Hasta mediados de 1930, tales desafíos fueron a menudo exitosos.

Esta doctrina fue consolidada en el caso emblemático de la época que es Lochner.

Lochner vs. Nueva York 198 U.S. 45 (1905),

Argumentado los días 23 y 24 de febrero 1905, decidido el 17 de abril 1905 por voto de 5 a 4; Peckham para la Corte, Harlan y Holmes en disenso. A comienzos de siglo era común para los jornaleros

panaderos trabajar más de cien horas por semana. En ciudades, las panaderías generalmente se situaban en el sótano de una vivienda. Debido a que este medio ambiente anti sanitario afectó tanto al producto como a los trabajadores, el estado en 1895 decretó legislación que regulara las condiciones sanitarias así como reformas en las condiciones de trabajo y que redujera las horas laborables prevalecientes en la industria.

Los propulsores de leyes de horas más cortas venían argumentando por décadas que tal legislación era necesaria para promover la ciudadanía, mejorar la vida familiar, y proteger la salud y la seguridad. Pero la mayoría de las leyes de horas más cortas eran vistas como un medio para asegurar la igualdad a los trabajadores que no estaban en una posición para suplicar por condiciones equitativas de empleo. Los oponentes basaban sus argumentos en teorías del darwinismo social y la economía del laissez-faire. Para ellos tal legislación representaba la intrusión gubernamental no garantizada en el mercado.

Las condiciones políticas en Nueva York a fines del siglo diecinueve no favorecían a las leyes que regulaban los negocios y la industria. El gobierno estatal estaba dominado por una máquina política republicana de negocios encabezada por Thomás Collier Platt. Las grandes ciudades estaban controladas por máquinas democráticas como Tammany Hall. El trabajo organizado, el más probable propulsor de tales leyes, representaba sólo una pequeña porción de la fuerza de trabajo. La regulación estatal de la industria panadera se hizo posible sólo cuando otros reformistas tomaron interés en el asunto. El periodista Edward Marshall observó la suciedad de los sótanos de las panaderías de Nueva York mientras servían en el Comité de viviendas de 1894. Comenzando con una editorial en el New York Press, encabezó una cruzada para limpiar la industria y mejorar las condiciones de empleo. Marshall pudo convencer a la corriente principal de los reformistas urbanos de que los problemas en la industria panadera estaban ligados a la reforma de viviendas y a la reforma social en general. Mientras tanto, Henry Weismann, un líder oportunista de la Unión Panadera, aprovechó el momento para poner a su unión detrás de la ley propuesta. La conexión de Marshall con la corriente principal de los reformistas urbanos, sin embargo, proporcionó la fuerza necesaria para empujar la regulación de los negocios de panadería a través de la legislatura. Con su apoyo, el Bakeshop Act fue aprobada unánimemente por ambas cámaras de la legislatura y fue firmado por el gobernador el 2 de mayo de 1895.

Los más damnificados por la nueva legislación eran los maestros panaderos. Estos eran dueños de los pequeños negocios que estaban a cargo de la industria del horneado de pan. La mayoría empleaba menos de cinco trabajadores y operaba sobre la base de un pequeño margen de ganancia. Joseph Lochner tenía este tipo de negocio en

Utica, Nueva York. En 1902 fue multado por cincuenta dólares por permitirle a un empleado trabajar más de 60 horas en una semana. Lochner apeló su condena a la División de Apelaciones de la Corte Suprema de Nueva York, donde perdió por voto de 3 a 2. Luego apeló a la Corte de Apelaciones de Nueva York, donde nuevamente perdió por 4 a 3. Irónicamente, el líder laborista Henry Weismann vino a socorrerlo. Luego de una pelea con la Unión de Panaderos, Weismann abrió 2 panaderías y se convirtió en un miembro activo de la Asociación de Maestros Panaderos. También estudió leyes. Con la ayuda del abogado Frank Harvey Field, Weismann llevó la apelación de Lochner a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Lochner reclamaba que el Bakeshop Act violaba la catorceava enmienda privándole de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de la ley. El debido proceso fue originalmente concebido como una garantía de que las leyes serían reforzadas a través de procedimientos judiciales correctos, pero el concepto cambió drásticamente a fines del siglo diecinueve. Bajo la teoría llamada “debido proceso sustantivo” las Cortes asumieron el poder de examinar el contenido de la legislación así como los medios con los que era reforzada. A fines de los 1880s la doctrina fue empleada exitosamente para regular el intento del estado de regular los ferrocarriles. Pero conllevaba la amplia implicancia de que la Corte podía invalidar cualquier tipo de legislación estatal económica o de reforma determinada para estar en conflicto con un derecho protegido por la Constitución.

En el caso de Lochner, el derecho infringido por el techo del día laboral de Nueva York era “libertad de contrato”. Este no era un derecho escrito en la Constitución. En vez, como el debido proceso sustantivo, evolucionó a través de la interpretación judicial de la catorceava enmienda. El Ministro Stephen Field, disintiendo en los *Slaughterhouse Cases* (1873), primero avanzó la idea de que la libertad protegida por la Cláusula del debido proceso incluía “el derecho a perseguir una actividad comercial ordinaria o vocación”. Con decisiones subsiguientes expandiendo la idea, se convirtió en el medio por el que la supervisión judicial prevista por los que proponían el debido proceso, podría ser aplicada a las leyes que regulaban la relación empleador-empleado. Para los 1880s esta doctrina - libertad de contrato - estaba siendo utilizada por las Cortes estatales para sugerir que la Constitución protegía un derecho a entrar en un acuerdo libre de la interferencia no razonable del gobierno. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos aplicó la teoría sólo una vez, en *Allgeyer vs. Louisiana* (1897).

El Ministro Rufus Peckham, que escribió *Allgeyer*, también escribió *Lochner*. Él afianzó de una manera más firme la doctrina de libertad de contrato en una ley constitucional estableciendo que el intento de Nueva York de regular las horas de trabajo en las panaderías

“necesariamente interfería con el derecho de contrato entre el empleador y el empleado”. Peckham sostuvo que la libertad protegida por la catorceava enmienda incluía el derecho de comprar y vender trabajo. De esta manera, cualquier ley interfiriendo con la misma sería inválida *“a menos que haya circunstancias que excluyan ese derecho”*.

La libertad de contrato fue reconocida, pero no en forma absoluta. La protección que proveía tenía que estar balanceada con el ejercicio legítimo del poder del estado para gobernar. Esta autoridad fue mencionada como los poderes de policía de los estados. Como se entendió originalmente, la frase fue utilizada para simplemente distinguir la función de los gobiernos estatales de la del gobierno federal. A fines del siglo diecinueve, sin embargo, fue transformada en un límite enfermizamente definido en el poder de los estados de gobernar dentro de su propia esfera de autoridad. Cuando se interpretó ampliamente como el deber de intensificar el bienestar general, el poder de policía pudo acomodarse a casi cualquier tipo de ley. Pero Peckham tenía en mente una estrecha concepción del poder de policía cuando escribió la decisión en *Lochner*. Para él, sólo la legislación designada para proteger la moral pública, la salud, la seguridad o la paz y el buen orden, representaban un ejercicio legítimo del poder policial estatal.

En el caso *Lochner* esto se convirtió en una pregunta de si el *Bakeshop Act* era necesaria para proteger la salud pública o la salud de los panaderos. En *Holden vs. Hardy* (1898) la Corte sostuvo un día de ocho horas para los trabajadores en minas y fundiciones. Ahí el peligro era obvio. Pero el reclamo de que la panadería era un comercio no saludable no era tan gráfico. Los reformistas mantuvieron que las largas horas de trabajo en las panaderías creaban una similitud que los trabajadores desarrollarían problemas respiratorios como “tisis o tuberculosis”. Peckham rechazó esta idea por completo. Tomando nota judicial de un “común acuerdo” de que la panadería nunca fue considerada un comercio no saludable, concluyó que el *Bakeshop Act* no era un ejercicio legítimo del poder policial y era inconstitucional.

Disintiendo, el Ministro John Marshall Harlan argumentó que la mayoría empezaba su razonamiento desde una presunción errónea. Harlan creía que, cuando la validez de una ley era cuestionada en bases constitucionales, una presunción debía de existir a favor de la determinación de la legislatura. En sus palabras, los actos legislativos deberían ser respetados *“a menos que estén palpablemente más allá de todo cuestionamiento en la violación de la ley fundamental de la Constitución”* (p. 68). Harlan no estuvo en desacuerdo de que la libertad de contrato calificaba para esta situación. Tampoco estaba en desacuerdo en la preocupación por la salud del trabajador y su seguridad fueran la única justificación legítima para el *Bakeshop Act*. Harlan estaba más dispuesto que Peckham y la mayoría para reconocer que había evidencia que apoyaba ese reclamo. El simple

hecho que la cuestión era debatible debería haber desechado todo argumento de que la ley era inconstitucional. El peso de los reclamos concernientes a las condiciones de salud en la industria era un hecho de discreción legislativa.

Tomando una posición similar a la de Harlan, el ministro Oliver Wendell Holmes mantuvo que una ley estatal debería ser sostenida a menos que una persona racional necesariamente admita que podría infringir principios fundamentales de las leyes americanas y tradiciones. Pero el famoso disenso de Holmes también criticaba la decisión de la mayoría de expandir la libertad de contrato y su estrecha perspectiva del poder de policía. Reconociendo que estas doctrinas reflejaban las teorías del darwinismo social y la economía del laissez-faire, Holmes directamente atacó la premisa de la decisión. *“No se intenta que una Constitución incluya una teoría económica particular”*, escribió. *“Está hecha fundamentalmente para gente de distintos enfoques”* (p. 74). Para Holmes, la opinión era peligrosa porque representaba la inclusión no deseada dentro de la Constitución de un nuevo derecho fundamental..

Peckham reclamó que su opinión no sustituía el juicio de la Corte por el de la legislatura en el caso de la salud en la industria panadera. Pero muchos observadores pensaron que esto era exactamente lo que había hecho. El Bakeshop Act había pasado unánimemente por la legislatura estatal. Ciento diecinueve representantes electos votaron a favor del techo de trabajo diario. Aún siete de los doce jueces de apelación que previamente habían tomado parte en el caso Lochner votaron para sostener la ley. Los críticos mantuvieron que la Corte no tenía conocimiento especial de la industria y que no estaba en una mejor posición que la legislatura estatal para determinar si el comercio no era saludable. Y, a pesar de que no era irrefutable que el comercio panadero no era saludable, un amplio apoyo estadístico fue incluido ante la Corte Suprema.

De mayor importancia fue la razón fundamental adoptada por la mayoría en Lochner. Hizo de la Corte un **supervisor de todo tipo de legislación regulatoria estatal**. Entre 1905 y 1937, cuando la Corte rechazó esta razón fundamental en West Coast Hotel vs. Parrish (1937), innumerables intentos de reforma social y condiciones económicas fueron desafiados sobre la base del precedente de Lochner. Muchas de estas regulaciones estatales fueron aceptadas por el tribunal. Pero las leyes estatales como las leyes de salario mínimo, leyes de trabajo infantil, regulaciones bancarias, seguros e industrias de transporte fueron vetadas por la Corte. Tantas leyes de reforma fueron invalidadas que la historia de la ley constitucional de esa época es comúnmente llamada **“la era Lochner”**.

Finalmente la doctrina sobre la vigencia de la libertad contractual es consolidada en,

Adkins vs. Children's Hospital 261 U.S. 525 (1923),

Debatido el 14 de marzo de 1923, decidido el 9 de abril de 1923 por voto de 5 a 3; Sutherland para la Corte, Taft y Holmes en disenso, Brandeis no participó. Reflejando la aceptación popular de la economía del laissez-faire, la Suprema Corte, en los 1890s, se ajustó a la doctrina de la libertad de contrato, que afirmaba el derecho constitucional de los partidos privados a participar en arreglos contractuales. Esta doctrina reducía el poder gubernamental de interferir con la libertad contractual a través de legislación regulatoria. El acontecimiento importante de la decisión Adkins ejemplificó el compromiso de la Corte con los principios del laissez-faire y la libertad de contrato.

En Adkins, existía una ley federal de 1918 que establecía el salario mínimo femenino en el distrito de Columbia. El propósito anunciado de la ley era proteger la salud y la moral de la mujer de las desventajosas condiciones de vida causadas por salarios inadecuados. Felix Frankfurter, un futuro ministro de la Corte Suprema, apareció como asesor legal en apoyo a la legislación. Buscó justificar la medida como un ejercicio válido del poder policial para mejorar las desventajas experimentadas por las mujeres en el mercado. El Hospital de niños, por otra parte, sostenía que era una ley que fijaba precios, que interfería inconstitucionalmente con la libertad de contrato para el empleo.

El ministro George Sutherland, hablando en nombre de la mayoría, invalidó la ley del salario mínimo como una violación de la libertad de contrato garantizada por la cláusula del debido proceso de la quinta enmienda. A pesar de que Sutherland reconoció que los términos de los contratos podían ser regulados en ciertas situaciones, expresó que “la libertad de contrato es... la regla general y la restricción a la excepción” (p.546). Distinguiendo las leyes salariales de las medidas que limitan las horas laborables, razonó que la ley de salario mínimo arbitrariamente imponía a los empleadores una función de bienestar que pertenecía a la sociedad en general. En vista de la decimonovena enmienda y de los cambios en la posición legal de la mujer, Sutherland mantuvo que la mujer no podía estar sujeta a mayores restricciones que el hombre en su libertad de contrato. Argumentó que la ley de salario mínimo descuidó el “requerimiento moral implícito en cada contrato de empleo” y que el valor del trabajo y los salarios deberían ser equivalentes (p. 558). En breve, los salarios debían ser indagados por la operación del libre mercado.

En un vigoroso disenso, el chief justice William Howard Taft aseveró que los que hacen la ley podían limitar la libertad de contrato bajo el poder policial para regular las horas máximas o los salarios mínimos de la mujer. Advirtió que los jueces no deberían dejar a un lado las leyes regulatorias simplemente porque juzgan de imprudentes a

algunas políticas económicas particulares. El ministro Oliver Wendell Holmes cuestionó la base constitucional de la doctrina de la libertad de contrato. Teniendo en cuenta que “la ley en general consiste en prohibirle a los hombres hacer algunas cosas que ellos quieren hacer”, Holmes remarcó que la Corte había declarado fundadas muchas leyes que limitaban la libertad contractual (p. 568.) Argumentó que los legisladores podrían razonablemente concluir que la fijación de salarios mínimos para empleadas femeninas mejoraría su salud y moral.

La decisión Adkins fue una apabullante expresión del constitucionalismo del laissez-faire. Demostró la convicción de la Corte de que las determinaciones de salarios y precios se encontraban en el corazón de la economía de libre mercado y deberían estar aseguradas en contra de la interferencia legislativa no garantizada. Durante los 1920s y principios de 1930s la Corte Suprema citó frecuentemente a Adkins por una amplia interpretación de la doctrina de la libertad de contrato. En particular, los ministros invocaban a Adkins para derribar algunas leyes de salarios mínimos.

Como consecuencia de la Gran Depresión y el triunfo político del New Deal, la Corte Suprema abandonó en 1937 el constitucionalismo del laissez-faire y permitió tanto a los gobiernos estatales como al federal jugar un mayor rol en la dirección de la vida económica. La nueva perspectiva de la Corte fue revelada en *West Coast Hotel vs. Parrish* (1937), caso en el que los ministros sostuvieron una ley de Washington de salario mínimo para la mujer y los menores, e invalidó Adkins. La decisión en *West Coast Hotel* marcó la finalización efectiva de la doctrina de la libertad de contrato como una norma constitucional.

Los institucionalistas fueron la fuerza intelectual detrás de la regulación económica establecida por el New Deal, el cambio de jurisprudencia es en gran medida un triunfo político de esta escuela.

West Coast Hotel Co. vs. Parrish 300 U.S. 379 (1937).

Argumentado el 16 y 17 de diciembre de 1936, decidido el 29 de marzo de 1937 por voto de 5 a 4; Hughes para la Corte, Sutherland en disenso. En la *Compañía hotelera de la costa oeste vs. Parrish*, la Suprema Corte supuestamente hizo “el cambio justo a tiempo”. La decisión fue tomada menos de dos meses luego de que el Presidente Franklin D. Roosevelt anunciara su plan de juntar a la Corte Suprema con los ministros que apoyaban la regulación económica del New Deal. Las circunstancias alrededor de la decisión *Parrish* la hicieron parecer más una reacción directa al plan de juntar la Corte de lo que probablemente era en sí misma. *Parrish* rendía gran honor y obediencia a la regulación económica sosteniendo una ley de salario

mínimo para mujeres del estado de Washington. Haciendo esto, la Corte ratificó una política que muchos decían que era desesperadamente necesaria para las trabajadoras mujeres con un salario inferior al establecido. Sin embargo, debido a que el salario mínimo para las mujeres se basaba en una teoría de inequidad femenina, y debido a que las restricciones laborales basadas en el género interferían con las oportunidades de empleo femeninas, muchas feministas se opusieron a las leyes de salario mínimo.

En Parrish, la Corte dio vuelta la decisión Adkins. El chief justice Charles Evans Hughes, escribiendo para una mayoría de 5, argumentó que el concepto de libertad de contrato no era ilimitado. “¿Qué es esta libertad?”, se preguntó Hughes. “La Constitución no habla de la libertad de contrato” (p. 391). La Constitución protegía la libertad, pero sujeta a una regulación razonable en interés de la comunidad. Hughes encontró que el poder estatal para restringir la libertad de contrato era especialmente evidente en el área de la legislación de la protección del empleo para mujeres. Basándose en Muller, argumentó que la estructura física femenina y su rol de madres requería que el estado las protegiera para “preservar la fuerza y vigor de la raza” (p. 394). Hughes no pudo encontrar una diferencia relevante entre las leyes que regulaban las horas y aquellas que regulaban los salarios, y sugirió que las legislaturas estatales podían tratar los abusos de los empleadores inconscientes que pagaban a sus trabajadores menos que un salario para vivir. Hughes adoptó una postura de obediencia al juicio legislativo, sugiriendo que aún si la sabiduría de una política era debatible, la legislatura tenía la capacidad para convertirla en ley en la medida que no fuera arbitraria o caprichosa.

El ministro George Sutherland escribió un disenso vigoroso. Argumentó, en parte, que hombres y mujeres eran iguales bajo la ley y que, consecuentemente, la legislación que los trataba diferente con respecto al derecho de contrato constituía una discriminación arbitraria.

Debido a que el ministro Owen Roberts, quien votó con la mayoría en Morehead, proveía el quinto voto en Parrish, su rol en la decisión recibió mucha atención. Hubo mucha especulación sobre si Roberts cambió su voto en respuesta a la presión del Presidente Roosevelt. Dos factores militan en contra de tal conclusión. Primero, debido a que la mayoría en Morehead descansó en bases muy estrechas, Roberts pudo argumentar que no había cambiado su posición porque nunca había expresado una opinión sobre el tema sustantivo en Adkins. Lo que es más importante, un voto en Parrish fue sacado en diciembre de 1936, antes del plan de juntar a la Corte, y Roberts votó para sostener la ley de salario mínimo. Consecuentemente, el plan de juntar a la Corte pareció no afectar directamente el voto de Roberts. Críticas duras a la Corte precedieron al plan de juntar a la Corte, sin

embargo, sigue siendo probable que el voto de Roberts en Parrish haya sido hasta cierto grado una respuesta a las preocupaciones y presiones de la época.

Caso Miller vs. Schoene. 276 U.S. 272 (1928)

Se trataba de los daños causados por un hongo que tenían los cedros, el oxido del cedro rojo, contra las plantaciones de manzana. La cuestión planteada era la privación de la propiedad sin indemnización de los propietarios de cedro rojo debido a la regulación del Estado. Stone aceptó la teoría de la selección entre una clase de propiedad frente a otra cuando entre las dos existía una incompatibilidad peligrosa. Se aceptó el juicio de la legislatura que una propiedad fuera de mayor valor para el público.

Justice STONE dio la opinión de la Corte,

La ley del Oxido de los cedros de Virginia de 1914, Cedar Rust Act of Virginia ordenaba a los recurrentes cortar un gran número de cedros ornamentales que crecían en su propiedad, como un medio de prevenir la contaminación con la enfermedad del oxido que había infectado a los manzanares de la vecindad. La ley de Virginia establece un marco comprehensivo para la destrucción de los cedros infectados por el óxido del cedro.

El cedro rojo, al margen de su utilización ornamental, tiene un uso ocasional como madera. Es original de Virginia y no es cultivado ni explotado comercialmente en forma sustancial, y su valor a través del Estado es reducido en comparación con el de los manzanares. El cultivo de manzanas es una de las actividades agrícolas principales de Virginia. Las manzanas son utilizadas y exportadas en grandes cantidades. Muchos millones de dólares son invertidos en las plantaciones, que dan empleo a una gran proporción de la población...

El Estado se ha encontrado en la necesidad de hacer una elección entre la preservación de una clase de propiedad o la de otra cuando ambas existieron en una proximidad peligrosa. Una elección similar hubiera ocurrido si, en lugar de sancionar la presente ley, el Estado al no hacer nada hubiera permitido que ocurriera un daño serio a las plantaciones de manzanas dentro de sus fronteras. Cuando se encuentra forzado a resolver una alternativa de este tipo, el Estado excede sus poderes constitucionales al decidir la destrucción de una clase de propiedad con el objetivo de salvar otra que, a juicio de la legislatura, es de un valor superior para el público. No puede decirse que sea meramente un conflicto entre dos intereses privados y que la desgracia de los productores de manzanas no puede ser trasladada a los propietarios de cedros al ordenar la destrucción de su propiedad, porque es obvio que puede existir.. un interés público preponderante en la preservación de un interés sobre el otro.

Existen en este caso dos intereses privados en conflicto, sin embargo la reglamentación considero que el interés general estaba en la protección de los manzanares. Esta decisión se toma con una

información imperfecta por parte del legislador ya que no conoce la utilidad que el propietario de los bosques de cedros obtiene de ella.

Una decisión basada en una negociación entre las partes tal como es propuesta por Coase permitiría una compensación más exacta y no una imposición por parte del Estado. Sin la existencia de la ley hubiera habido una compensación de los dueños de la manzana a los de los cedros. Con la ley son los dueños de las manzanas quienes están protegidos. Hay una transferencia de recursos de los dueños de los cedros a los de las manzanas. Pero la norma no permite una negociación entre las partes para permitir una solución más eficiente.

Para los institucionalistas las pautas de coerción mutua, los derechos relativos y la asignación de recursos son en función parcial de la ley. Samuels dice que demuestra la inevitabilidad de la participación gubernamental. El *statu quo* protegía a los propietarios del cedro colorado. La ley cambia esta situación. El gobierno elige al grupo de interés más poderoso, que utiliza el gobierno para sus propios fines. El gobierno adjudica los recursos. Las manzanas son un grupo bien organizado e influyente.⁴³

Con Coase hubiéramos imaginado una decisión del tribunal que imitara el mercado, "*mimic the market*", es decir imitar o acercarse a la decisión que las partes hubieran tomado en el mercado si no hubiera habido costos de transacción.

Para Samuels se trata de derechos relativos y de un poder coercitivo mutuo. Saber que derechos el gobierno deberá salvaguardar, cuales no protegerá y que nuevos derechos establecerá. Demuestra también la inevitabilidad de la presencia gubernamental en el proceso económico legal. No la mano invisible, sino la mano del gobierno. La utilización por individuos y organizaciones del poder gubernamental para sus propios fines. La idea que el gobierno distribuye recursos dentro del sistema económico. ¿Cuándo se debe pagar una compensación? La posibilidad que el gobierno impacte en el uso de la propiedad sin compensación por uso del poder de policía en una cuestión que va más allá del interés de las partes del caso. La economía es un sistema de derechos relativos.

Los institucionalistas influyeron en la creación de la Economía del desarrollo Myrdal⁴⁴ fue uno de sus exponentes más conocidos en América Latina de las décadas del '50 y '60. Krugman considera que el fracaso de los economistas del desarrollo fue la imposibilidad de crear un modelo que pudiera ser utilizado para analizar con mayor profundidad sus premisas. En gran medida es una crítica que se

⁴³ Warren Samuels, *Interrelations between Legal and Economic Processes*. *Journal of Law and Economics*. 14, October 1971, p. 435.

⁴⁴ Gunnar Myrdal, *Solidaridad o Desintegración*. Fondo de Cultura Económica. Méjico.

puede extender a toda la economía institucional.⁴⁵ Es el caso de Galbraith con sus libros descriptivos, *El nuevo estado industrial y Dinero*. En contra está George Stigler, premio Nobel de Economía en 1981, que considera a la escuela institucional muerta por no tener consecuencias concretas.

Los institucionalistas realizaron una crítica del formalismo del discurso económico y concentración en el proceso industrial. Iniciaron el estudio de casos judiciales y de su influencia en la política económica. Fueron los iniciadores del derecho y economía y puede mencionarse en este sentido el artículo de Commons en el Harvard Law Review cuyo título da origen al nombre de nuestra materia.

Son ahora una escuela cuyo interés es histórico. Los institucionalistas tienen la simpatía del Critical legal studies que los consideran precursores en la demostración del carácter justificador del discurso económico.

El discurso económico institucional como justificador. El caso Fernández Orquín c Ripoll.

El discurso institucional ha sido utilizado en nuestro país para justificar decisiones normativas, la estructura abierta de su lenguaje se ha prestado particularmente para las situaciones en que se ha querido justificar una regulación excesiva de los derechos individuales de contenido económico. En el caso **Fernández Orquín c Ripoll** se utiliza un discurso económico normativo como justificador. Se utilizan argumentos de retórica económica para justificar la regulación de los contratos de arrendamientos y aparcerías rurales. La prolongada reconducción de estos contratos, en algunos casos más de veinte años, establecía una enorme transferencia de recursos de los propietarios de los predios rurales en beneficio de los arrendatarios, al mismo tiempo que suponía una privación del derecho a usar y disponer de la propiedad. Todo esto fue justificado utilizando un discurso económico de desarrollo.

Buenos Aires, 31 de mayo de 1966.

*"Vistos los autos: **Fernández Orquín, José María c/ Ripoll, Francisco s/ fijación precio arrendamiento**".*

Y considerando:

*1º) Que, cabe opinar que, para la promoción de **una política económica expansiva constituye medio apto la radicación y seguridad de los productores y trabajadores agrícolas, de tal***

⁴⁵ Paul Krugman, Development, geography and Economic Theory. Mit Press. 1998.p. 27.

manera que se incremente la población campesina independiente, y se mejore también su situación económica.

2°) Que, por lo demás, aun por referencia al acierto de una orientación semejante, parece admisible que la reducción del peonazgo y el aumento de los propietarios rurales y de su nivel de vida puede favorecer el desarrollo económico agropecuario y la consolidación de otros tipos de industria vinculados con la producción rural y con los medios y elementos de trabajo y bienestar que ella requiere, todo lo que es susceptible de constituir una de las bases eficientes para el crecimiento y la expansión económica integral -ver Ropke, Guillermo, Los países subdesarrollados, p. 51 y ss., del Atlántico SA, Ediciones de Economía, Biblioteca de Desarrollo Económico; Buenos Aires-, 1960; cfr. también Lewis, Arthur W., Teoría del desarrollo económico, México, 1958, p.133 y 147; Memoria de la 7a Conferencia de los Estados Americanos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, Informe I, Ginebra, 1961, p. 40, 41 y 144, donde se expresó, sobre el punto, que lo que importa `es edificar una nueva sociedad rural capaz de contribuir al desarrollo económico en general' (. , p. 157-163) y también que una política agropecuaria adecuada `se considera como un medio de resolver un problema de justicia social y un problema económico de consecuencias más generales, es decir, la transición de una economía de subsistencia a una economía comercial, elevando al propio tiempo los ingresos rurales e integrando más intensamente el sector agrícola en el sistema de producción del conjunto de la Nación' (p. 143). Por su parte, la Comisión de Asuntos Sociales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha declarado recientemente que: `La conveniencia de modernizar estructuras agrarias anticuadas; dentro el marco del desarrollo económico y social; ya no se discute' ('Repercusiones de la Reforma Agraria sobre el Desarrollo Económico y Social' año 1965).

3°) Que estas razones son coherentes con otros principios económicos atinentes al crecimiento de la producción agropecuaria, como lo son la inversión de capital y la asistencia crediticia, el mejoramiento de los métodos de distribución y la fundamental incorporación del progreso tecnológico al campo [Lewis, op. cit. , p. 138,143 y 148; Higgins, Benjamín, Condiciones necesarias para un rápido desarrollo económico en América latina. El punto de vista de un economista, Unesco, 1962, Aspectos sociales del desarrollo económico en América latina, vol. I, p. 163, 164 y 179, Lieja, Bélgica, quien concluye: `En América latina la necesidad de la reforma agraria parece evidente tanto desde el punto de vista económico como del social y político (p.179), punto 9 del grupo pertinente de trabajo de dicho organismo internacional en el que se expresó que `la tecnificación de la agricultura latinoamericana es un problema de investigación agropecuaria, de crédito agrícola, de servicios de extensión, de sistemas de uso y tenencia de la tierra y de adecuados estímulos y sanciones' (p. 431); Barre, Raymond; El desarrollo económico, México, Fondo de Cultura Económica, 1962, p.157, etcétera.

5º) Que se debe añadir aun que esta empresa es propia del Estado, incluso de aquellos que se organizan sobre la base de una Constitución democrática escrita al menos en los casos en que su letra consagre cómo fin lícito la promoción del bienestar general y autorice la adopción de las medidas legales conducentes para el bien común.

No cabe duda que entre ellas debe incluirse la que rige en la República, con arreglo a los términos de su Preámbulo y de los arts. 14 y 67, incs. 16 y 28...

11) Que, para las circunstancias del caso a decidir, las precedentes consideraciones llevan a concluir que las cláusulas legales que congelan las rentas de los fundos agrícolas arrendados, ya sea por constituir ellos colonias de renta, ya por ser de propiedad de sociedades anónimas, pueden estimarse **respaldadas constitucionalmente en cuanto tendientes a la proscripción de formas de explotación rural que conspiran contra la expansión económica** y social en razón de que dificultan la radicación de los arrendatarios y el ulterior proceso que de ella, y de la mejora económica de aquellos, se espera. También en cuanto tal sistema no excluye que el capital y técnica acumulados puedan actuar directamente en la explotación agropecuaria, obteniéndose así, para la producción rural en su conjunto una mayor eficiencia y un mejor rendimiento sobre la importancia del problema en el país.

La Cláusula del Progreso.

La cláusula del progreso ha sido considerada como uno de los fundamentos de la ideología económica de la Constitución, fue tomada de la *General Welfare Clause* de la Constitución de los Estados Unidos, por la mayor verbosidad que la separa de su antecedente de la Constitución norteamericana se imaginó imponía a los gobiernos futuros un camino hacia el crecimiento económico. Sin embargo, su interpretación posterior la definen como un ejemplo de la variación del objetivo constitucional hacia otro menos ejemplar.

Podemos recordar las palabras del texto original en la Constitución de los Estados Unidos, El Artículo I, Sección 8: "*The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States.*"⁴⁶

Uno de los primeros comentaristas de nuestra Constitución, Nicolás Calvo, en una opinión previsoramente minoritaria, señalaba que su extensión la debilitaba antes que fortalecerla. Lo recuerda Agustín de Vedia, *Comparando la cláusula americana y la argentina, opina Calvo que la última amplifica y detalla el sobrio concepto de la primera, a riesgo de restringirlo, en vez de extenderlo.*⁴⁷ Como veremos más tarde se utilizó el nombre de Alberdi para contradecir sus ideas.

Esta norma constitucional ha sido fuente de varias interpretaciones con consecuencias disímiles. La primera es la asociada al gasto público, es el sentido original en los Estados Unidos, permite que el gobierno federal tenga una amplia capacidad en el gasto en la medida que tenga el objetivo del bienestar general. Esta función ha sido llamada también de "fomento". (cf. *Estela B. Sacristán, El problema de la fuente en las relaciones de fomento. En Derecho Administrativo. N° 43 p. 101*).

La segunda es la asociada a la capacidad legislativa, excluida de la Constitución de los Estados Unidos, pero incluida, sin mucho fundamento, en la interpretación de la norma argentina. Es decir, que el Congreso Nacional es competente para legislar en cualquier materia que lleve al bienestar general, incluyendo de esta manera una capacidad casi ilimitada en la legislación nacional.

⁴⁶ El Congreso tendrá el poder de establecer y recaudar impuestos, tasas, gravámenes y gabelas para pagar las deudas y proveer a la defensa común y al bienestar general de los Estados Unidos, pero todas las tasas, gravámenes y gabelas serán uniformes a través de los Estados Unidos.

⁴⁷ Citado por Agustín de Vedia, *Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1907 p. 297.

La tercera es la interpretación que permite los privilegios tributarios. Esta es la verdadera novedad de la “Cláusula del progreso” argentina y ha sido la fuente de abusos considerables en el tiempo, según veremos más adelante.

Una cuarta interpretación es la que incluye la acción gubernamental para eliminar los obstáculos que impiden el bienestar general, en términos contemporáneos hablaremos de eliminar los costos de transacción. Esta interpretación es la que hacía Alberdi cuando nos recordaba los problemas enfrentaba el cumplimiento de la Constitución en una sociedad monopolista propia del sistema indiano.
Los costos de transacción.

La idea del progreso asociándola con la limitación de los costos de transacción, que son los costos de hacer funcionar el sistema económico. Las transacciones cuestan y su costo positivo es muy elevado. Alberdi fue previsor en la necesidad de reducir los costos de transacción para asegurar el progreso económico. Lo hizo fundamentalmente en su obra el Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853.

Los medios ordinarios de estímulo que emplea el sistema llamado protector o proteccionista, y que consisten en la prohibición de importar ciertos productos, en los monopolios indefinidos concedidos a determinadas fabricaciones y en la imposición de fuertes derechos de aduanas, son vedados de todo punto por la Constitución argentina, como atentatorios de la libertad que ella garantiza a todas las industrias del modo más amplio y leal, como trabas inconstitucionales opuestas a la libertad de los consumos privados, y, sobre todo, como ruinosas de las mismas fabricaciones nacionales, que se trata de hacer nacer y progresar. Semejantes medios son la protección dada a la estupidez y a la pereza, el más torpe de los privilegios.

Abstenerse de su empleo, estorbarlo en todas las tentativas legislativas para introducirlo, promover la derogación de la multitud infinita de leyes proteccionistas que nos ha legado el antiguo régimen colonial, son otros medios que la Constitución da al Estado para intervenir de un modo negativo, pero eficacísimo, a favor de la industria fabril de la República Argentina.

El gobierno no ha sido creado para hacer ganancias, sino para hacer justicia; no ha sido creado para hacerse rico, sino para ser el guardián y centinela de los derechos del hombre, el primero de los cuales es el derecho al trabajo, o bien sea la libertad de industria.

Bancos, casas de seguros, ferrocarriles, líneas de navegación a vapor, canales, muelles, puentes, empresas y fabricaciones de todo género, toda cuanta operación entra en el dominio de la industria, debe estar al alcance de los capitales particulares dispuestos a emplearse en la explotación de esos trabajos y empresas verdaderamente industriales, si las libertades concedidas en la Constitución han de ser una verdad práctica y no una ostentación de mentido liberalismo.

No hallaréis en toda la Constitución una disposición que atribuya a rama alguna del gobierno la facultad de ejercer el comercio, la agricultura o las manufacturas por cuenta del Estado.

La legislación.

La reforma de la legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados.

La Constitución en cierto modo es una gran ley derogatoria, a favor de la libertad, de las infinitas leyes que constituían nuestra originaria servidumbre.

Esta mira se encuentra declarada expresamente por la Constitución en su artículo 24, que dispone lo siguiente: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos”.

Cambiar el derecho de los virreyes, es desarmar a los tiranos, y no hay más medio de acabar con ellos. El tirano es la obra, no la causa de la tiranía; nuestra tiranía económica es obra de nuestra legislación de Carlos V y Felipe II, vigente en nuestros instintos y prácticas, a despecho de nuestras brillantes declaraciones de principios.

Todas las libertades económicas de la Constitución pueden ser anuladas y quedar reducidas a doradas decepciones, con sólo dejar en pie una gran parte de nuestras viejas leyes económicas, y promulgar otras nuevas que en lugar de ser conformes a los nuevos principios, sean conformes a nuestros viejos hábitos rentísticos y fiscales, de ordinario más fuertes que nuestros principios.

Encarnado en nuestras nociones y hábitos tradicionales el sistema prohibitivo, nos arrastra involuntariamente a derogar por la ley, por decreto, por reglamento, las libertades que aceptamos por la Constitución. Nos creemos secuaces y poseedores de la libertad económica, porque la vemos escrita en la Constitución; pero al ponerla en ejercicio, restablecemos el antiguo régimen en ordenanzas que tomamos de él por ser las únicas que conocemos, y derogamos así el régimen moderno con la mejor intención de organizarlo.

Existen también los **peligros de la legislación futura,**

Si en cada ley suelta existe el peligro de legislar lo desconocido y de poner obstáculos a la libertad, ¿qué no sucedería respecto de los códigos, compuestos de millares de leyes, en que por exigencias de lógica, por no dejar vacíos y con la mira de legislar sobre todos los puntos legíslables, se reglan y organizan hechos infinitos, que no han empezado a existir, en pueblos que la España dejó embrionarios y a medio formarse?

Los costos procesales.

Sobre la reforma judicial como garantía constitucional.

el derecho civil puede ser un medio de alterar el derecho constitucional en sus garantías protectoras de la riqueza. Le bastará para esto

conservar su contextura feudal y monarquista sobre la organización civil de la familia, sobre el modo de adquirir y transmitir el dominio, y de obligar el trabajo o los bienes por contratos.

También puede ser alterada la Constitución, en cuanto al derecho de propiedad, por las leyes reglamentarias del procedimiento en los juicios. Las leyes judiciales que exigen grandes gastos, gran pérdida de tiempo, multiplicadas tramitaciones para reivindicar la propiedad o conseguir el cumplimiento de un contrato, son contrarias a la Constitución, porque son aciagas a la propiedad y a la riqueza en vez de protegerlas. ¿Qué importa reivindicar una cosa mediante gastos, diligencias y tiempo, que representan un valor doble? Perder otro tanto de lo que se pretende, y nada más. El enjuiciamiento expeditivo que se debe a la inspiración del comercio es el tipo del que conviene a esta época industrial en que el tiempo y la atención son especies metálicas.

En este sentido también apunta la labor de Sarmiento, al incorporar ya en los Comentarios y luego en la reforma de 1860 el control judicial y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos como garantía del cumplimiento efectivo de la Constitución.

En la cláusula general de bienestar de la Constitución de Estados Unidos (Welfare Clause) Artículo I, Sección 1, fue interpretado por la Corte Suprema limitando la competencia de este artículo a la capacidad tributaria y de gasto público del gobierno federal para obtener el bienestar general de los EEUU.

Teniendo en cuenta su origen histórico y la opinión coincidente de Alberdi y Sarmiento sobre el tema, daría la impresión que la cláusula del progreso tendría un destino similar a de los Estados Unidos, es decir orientar el gasto público hacia el desarrollo de la economía. Sin embargo, en la Argentina la Corte Suprema le dio a la Cláusula del Progreso un contenido de competencia del gobierno federal para conceder privilegios fiscales, federales y locales.

El caso Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe Fallos 68:227, 228-29 (1897).

La empresa Ferro Carril Central Argentino solicitaba que se la eximiera del pago de impuestos provinciales sobre su propiedad ya que la provincia de Santa Fe intentaba percibir los tributos que correspondían dentro la distribución de competencias que sobre el tema hace la Constitución. La empresa sostuvo que la legislación federal le concedía un privilegio tributario que incluía los impuestos provinciales. La Corte Suprema consideró que la Cláusula del progreso era fuente de competencias para el gobierno nacional para legislar sobre esos temas con limitación de las competencias locales. Consideró que la fuente del artículo era el proyecto de Alberdi y se diferenciaba de la Constitución de los Estados Unidos, sin tener en cuenta las opiniones que el mismo Alberdi había dado al tema en sus

obras. Reconoció la Corte que en los Estados Unidos la *cláusula de bienestar general* era fuente de competencia tributaria del gobierno nacional y también para el gasto público pero no fuente de la legislación federal. Por lo tanto el fallo concedió el privilegio tributario absoluto a la empresa ferroviaria.

Fue una decisión desafortunada porque con la excusa de un diferente origen del artículo se concedió al gobierno federal la posibilidad de dar privilegios impositivos a empresas por sobre los gobiernos provinciales. Una lectura de la *cláusula del progreso* indica que las “*concesiones temporales de privilegio*” solo podrían referirse a impuestos federales. Sin embargo, la Corte Suprema determinó el principio de que el Congreso tiene la capacidad de eximir a las empresas de ferrocarriles de todo impuesto, tanto nacional como provincial, por un tiempo determinado, siendo obligación de la provincia que le hubiese cobrado impuestos, en contra de esa concesión, restituirle su importe. **La cláusula del progreso se transformó en la cláusula del privilegio.** La concesión de un privilegio tributario por el gobierno federal se convirtió en el establecimiento de costos de transacción para quienes quisieran competir con las empresas privilegiadas. Sorprendentemente se utilizó para este fin la autoridad de Alberdi.

El control judicial en la emergencia económica.

El concepto de emergencia económica fue creado por los fallos que establecieron el concepto amplio de poder de policía y de esta manera establecieron una distinción entre las libertades civiles, que podrían limitarse fundamentalmente en el caso del estado de sitio y las libertades económicas que podrían verse restringidas cuando las circunstancias lo indicaran. El holding de Avico c/ de la Pesa estableció algunos límites a la actividad regulatoria estatal en caso de emergencia económica pero debido a una muy amplia interpretación del concepto de emergencia los límites rara vez se aplicaron y se implantó una claudicación judicial en la protección de las libertades económicas. El concepto de emergencia económica ha sido siempre borroso basta recordar las palabras de ahora rejuvenecido caso Arcenio Peralta⁴⁸ *“que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad.”* Es una definición abierta que permite la inclusión de circunstancias muy variadas sobre todo si *“abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios”*. Considera además este fallo que las limitaciones constitucionales establecidas en defensa de los derechos económicos *“suelen adolecer de patética ineficiencia frente a la crisis.”*

La **noción de emergencia económica es una claudicación del control judicial para la garantía de las libertades económicas** porque una vez establecida la existencia de una crisis se le otorga al Congreso y al Ejecutivo una libertad amplia para regular la vida económica. Generalmente la actividad realizada por los poderes políticos ha agravado la situación que pretendía remediar. La respuesta a esta grave situación es el restablecimiento del control judicial en defensa de las libertades económicas de la misma manera que se efectúa en el caso de las libertades civiles. Al mismo tiempo el reconocimiento del debido proceso económico o de razonabilidad económica como forma de control adecuado de las decisiones tomadas por los poderes políticos durante la situación de emergencia.

La división entre libertades civiles y económicas.

Podemos resumir la evolución desde la protección de los derechos individuales de naturaleza económica, Alberdi señalaba que:

La libertad económica es para todos los habitantes, para nacionales y extranjeros, y así debía de ser. Ceñirla a sólo los hijos del país, habría sido esterilizar este manantial de riqueza, supuesto que el uso de la libertad económica, más que el de la libertad política, exige, para ser productivo y fecundo, la aptitud e inteligencia que de ordinario asisten

⁴⁸ Digo rejuvenecido porque había sido reformado por la reforma de 1994 y la interpretación del caso Ezio Verrocchi, pero es citado por alguna doctrina como vigente.

*al trabajador extranjero y faltan al trabajador argentino de esta época.*⁴⁹

La doctrina inicial de la Corte Suprema fue la de la protección de las libertades económicas, veamos el caso Hileret.

El caso Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán. (Fs. 98:24).

5 septiembre 1903 ("Fallos", t. 98, ps. 24 a 52)

Vistos:

Los señores Hileret y Rodríguez demandan a la provincia de Tucumán para que, previa declaración de inconstitucionalidad de la ley sancionada por dicha provincia el 14 de junio de 1902, se la condene a la devolución de las sumas a que se refieren los recibos de fs. 4 a 10, sus intereses y costas, alegando:

Que por la ley mencionada se ha creado un impuesto, con el nombre de adicional, sobre la totalidad de la cosecha de azúcar correspondiente al año 1902, hasta el 31 de mayo del corriente, haciéndose un prorratio de 71.500 toneladas de ese artículo, en que se calculó el consumo de toda la República, entre determinadas fábricas, cuyos nombres se detallan.

Que las fábricas aludidas debían pagar por cada kilo de azúcar elaborada en tales condiciones medio centavo, y 40 centavos por cada kilo que expendiesen sobre la cantidad que respectivamente se les señaló.

Que a los ingenios no comprendidos en el prorratio, paralizados desde hacía años, que trabajasen en la cosecha de 1902, se les asignó para el pago de medio céntimo por cada kilo de azúcar, la cuarta parte de la que fabricasen.

Que la ley dispuso además que por cada kilo de azúcar de los gravados con 40 centavos que se comprobase haber sido exportado al extranjero desde el 1 de junio de 1902 a 31 de mayo de 1903, se devolviera a los fabricantes exportadores 39 Y2 centavos por lo exportado con prima de la Nación y 40 centavos por lo exportado sin prima.

Que el producto del impuesto se destinó a indemnizar proporcionalmente a los plantadores de caña que, por no tener vendido el producto de la cosecha de 1902, se quedarán con la caña en pie y quisieran acogerse a los beneficios de la ley, destruyendo sus plantíos o destinando la caña a otra aplicación que no fuera la fabricación de azúcar o alcohol.

Que el Poder Ejecutivo, al enviar a la legislatura el proyecto convertido sin variación en la ley antes citada, expresó que su objeto era limitar en lo posible los efectos del desastre económico que amenazaba todos los

⁴⁹ Alberdi, Sistema Económico y Rentístico. Editorial Luz del Día. 1954.

gremios vinculados a la suerte de la industria azucarera, por la superproducción del azúcar, ya que los productores no habían podido llegar a un arreglo, para evitar que el exceso de oferta trajese la consiguiente desvalorización del producto.

Que la ley, aparte de que no pueden lograrse sus propósitos por existir fuera de la Provincia otros centros de producción de azúcar, es contraria a los arts. 10, 14, 20, 28 y 16 de la Constitución nacional, porque grava la libre circulación en todo el territorio de la República de los productos nacionales, limita o prohíbe de hecho el ejercicio de una industria lícita y quebranta el principio de igualdad en el impuesto y ante la ley, pues el de medio centavo por kilo no recae uniformemente sobre igual número de toneladas por cada uno de los fabricantes comprendidos en sus arts. 1 y 3, sino que establece diferencias arbitrarias entre ellos.

3°) Que esto, no obstante, y por lo que puede convenir a la más exacta apreciación del fallo que va a pronunciar esta Suprema Corte, sobre la faz jurídica de la cuestión propuesta, el que se conozca a la vez, su opinión respecto a la faz económica de la ley, ya que el apoderado de la Provincia tanto se ha empeñado en propiciarla, encomiando, en su escrito de contestación los grandes beneficios que de su sanción reportarían los intereses públicos de la Provincia y de la Nación, cumple a los deberes de este tribunal, declarar que no ha hallado en autos acreditada la verdad tan preconizada de esta tesis, antes bien, ha encontrado en ellos elementos suficientes para formar un juicio contrario, a falta de prueba que determine el costo de producción y en su consecuencia el precio mínimo de venta que podría mantener en condiciones remunerativas la expresada industria.

Ha obrado muy especialmente en su ánimo para esto, el hecho reconocido por el Poder Ejecutivo de la provincia de Tucumán en su mensaje a la legislatura y confirmado por su apoderado en estos autos, de que el objeto de la ley era limitar la producción del azúcar en la Provincia, hasta la cantidad de 71.500 toneladas, que ella establece para el prorrateo entre los fabricantes, impidiendo así para el expendio dentro de la República con el impuesto de 40 centavos el kilo, la superproducción del artículo en cantidad de 50.000 toneladas, que se calculaba daría, sobre las necesidades del consumo, la cosecha de 1902, hecho que viene sin duda, a demostrar claramente, que esa ley no ha podido ser benéfica para los intereses públicos que se pretende consultaba y favorecía desde que su efecto inmediato tenía que ser el sustraer de la explotación de la industria azucarera, que se dice daba ocupación a un número de 70.000 a 80.000 obreros, una tercera parte cuando menos de este número, por ser la proporción que corresponde a la reducción de la totalidad de su producción.

Puede también decirse, que ella ha privado y perjudicado al comercio de Tucumán y de las provincias vecinas del que hacían con ocasión del desarrollo que aquélla tenía y en la medida que la considerable porción en que la ha hecho imposible con el impuesto de 40 centavos el kilo de azúcar; ha perjudicado del mismo modo los transportes por los ferrocarriles con la supresión de las miles toneladas de carga que representa la superproducción cohibida de dicho artículo, y finalmente, lo que es más grave aún, ha perjudicado a los millares de consumidores que tiene en la República el azúcar como artículo de primera necesidad. haciéndoles pagar casi el ciento por ciento del precio que tenía antes de dictarse la ley como resulta probado por la suba de valor que reconoce el apoderado de la Provincia adquirió dicho artículo con motivo de la sanción de la ley realizándose así el sacrificio de la casi totalidad de los habitantes de la Nación en beneficio de una veintena de fabricantes, ya tan favorecidos por el gobierno de la Nación con primas a la exportación de dicho producto y especialmente con altos derechos a la importación de los similares extranjeros.

Que por último, es de tener muy presente, que si esta valiosa protección del gobierno de la Nación para la industria azucarera de la República, no hubiese sido suficiente todavía para conjurar la crisis y la ruina de que se dice estaban amenazados los fabricantes de azúcar en la provincia de Tucumán, con motivo de la superproducción de este artículo en 1902, siempre sería cierto que la culpa de ello la tendrían dichos industriales por haberse equivocado, haciendo cálculos que no respondían a sus expectativas de un lucro munificente, como ordinariamente sucede en la vida de los negocios, sin que por esto sea justo de modo alguno que los que ninguna parte han tenido en el error o culpa de los especuladores, hayan, sin embargo, de satisfacer, con sacrificio de sus intereses ya título de bien público, no ya las pérdidas que hubiesen de sufrir estos comerciantes, lo que es ya mucho decir, sino lo que es peor, precios de ciento por ciento que les aseguren por la mercadería, positiva utilidad a costa de todas las clases sociales de la Nación, como ha sucedido por efecto del prorrato de la producción de azúcar prescrito en la ley de que se trata, según lo ha sostenido el apoderado de la Provincia, calificando el prorrato de razonable, útil o equitativo, o mejor dicho, de paternal, no obstante que alguno de los comprendidos en él, consideren haber sido tratados inequitativamente en la distribución de sus beneficios por el gobierno de aquella provincia.

Que no puede, por consiguiente, esta Suprema Corte, mirar con favor esa ley bajo su faz económica, sin más razón que haberse tratado de convencerla sobre la excelencia e importancia de la industria azucarera de Tucumán, que nadie discute, y de los grandes bienes que de su desarrollo ha reportado esa provincia y la Nación; y por haberse insistido en la ruina del comercio y riqueza de ambas, si no se sancionaba dicha ley, sin cuidarse sus defensores de demostrar siquiera que hubiera llegado el caso de haber perdido los industriales, capital y no utilidades, con la superproducción mencionada.

Esta visión será abandonada a partir de la década del '20, aunque no en forma pacífica.

La disidencia del Juez Bermejo en el caso Ercolano c/ Lanteri de Renshaw.

El origen de este abandono judicial en la protección de los derechos económicos debe asociarse a la distinción que hace la jurisprudencia entre libertades civiles y económicas en cuanto a su protección. Si bien las libertades civiles mantuvieron una protección relativamente amplia durante el pasado siglo no es este el caso en cuanto a los derechos económicos por lo menos desde el **caso Ercolano c/ Lanteri de Renshaw**, del 28 de abril de 1922 Fallos 135:170. En su disidencia en el caso el Juez Bermejo planteó las dificultades de la regulación de los precios de mercado y al reconocimiento de la protección judicial de los derechos económicos.

10°) Se dice que la escasez de habitaciones constituye la razón de Estado que autoriza la imposición de reducciones en los alquileres. Pero esa escasez en un momento dado puede ser sobreabundancia en otro y la misma razón de Estado llevaría a imponer autoritariamente el aumento del alquiler, lo que en definitiva significaría la desaparición de propietarios y de inquilinos reemplazados por el Estado que se habría convertido en empresario de un inmenso falansterio. Esa escasez no puede ser fuente de obligaciones civiles para los propietarios, y, como observaba nuestro constitucionalista ESTRADA señalando los peligros que entraña la soberanía que somete los individuos a la observación de aquellos deberes que no son exigibles por que su olvido no produce daños directos a los demás, "allana la propiedad en favor de los pobres o de los vagos, es decir, cae en la Constitución guaraní" (Obras, VI, 336); y como decía ALBERDI: "Comprometed, arrebatad la propiedad, es decir, el derecho exclusivo que cada hombre tiene que usar y disponer ampliamente de su trabajo, de su capital, y de sus tierras para producir lo conveniente a sus necesidades o goces, y con ello no haréis más que arrebatar a la producción sus instrumentos, es decir, paralizarla en sus funciones fecundas, hacer imposible la riqueza" (Organización etc., citada, p. 384).

12)El valor de todas las cosas o el del uso y goce de las mismas, así como el del trabajo en sus diversas manifestaciones, depende de factores múltiples ajenos a la autoridad de los gobiernos y de los Poderes que los constituyen, y no puede decirse que abuse de su derecho el que reclama por su trabajo o por el dominio o el uso de sus bienes el precio corriente en el mercado que constituye el verdadero y legítimo valor y, por consiguiente, su derecho y en manera alguna un abuso, pues como observa el codificador refiriéndose al carácter absoluto del derecho de propiedad: "toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda

verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida" (nota al art. 2313, Código Civil).

13) Nada autoriza a los poderes públicos, ya sea el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial, a apartarse de la Constitución, pues en todas las circunstancias y en todos los tiempos la autoridad de ésta subsiste y aun en los casos extraordinarios que motivan el estado de sitio, ella misma ha delimitado las facultades que confiere al gobierno (art. 23). Su terminología es bastante general para adaptarse a las modalidades de los tiempos ya los adelantos de la civilización, siempre en armonía con el espíritu de sus disposiciones, pues el gobierno nacional es de poderes enumerados que deben ser ejercidos con las limitaciones que ella establece. No hay circunstancia que autorice una desviación porque su significado no se altera. Lo que significó al ser adoptada, significa ahora y continuará significando mientras no sea reformada con las solemnidades que prescribe el art. 30, pues como decía el justicia mayor TANEY en un conocido fallo: 'cualquiera otra regla de interpretación desvirtuaría el carácter judicial de esta Corte y haría de ella el mero reflejo de la opinión o la pasión popular del día'. (19 How. 393, 426) .

18º) y esta Corte, declarando en 1903 la inconstitucionalidad de la ley tucumana de 2 de julio de 1902, que redujo la cantidad de azúcar que cada ingenio podía producir gravando el excedente con un impuesto superior al precio corriente en plaza, hizo constar que "es evidente que si una ley de carácter reglamentario no puede ni (' debe constitucionalmente alterar el derecho que está llamada a reglamentar, es porque debe conservar incólume y en su integridad ese derecho, lo que vale decir, que no debe ni puede degradarlo y mucho menos extinguirlo en todo o en parte; etc. ("Fallos", t. 98, p. 20; considerando 8, p. 37; t. 128, p. 435, cons. 11, p. 453, y dictamen del procurador general, p. 435).

19º) Si la propiedad es inviolable y nadie puede ser privado, de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley (art. 17), o sea, sin el debido procedimiento legal, como rezan las enmiendas v y XIV de la Constitución americana; ni puede ser expropiada sin declaración de utilidad pública y previa indemnización, y si ese derecho, comprende el de usarla y gozarla según la voluntad del propietario (art. 14 de la Constitución y 2513 del Código Civil), porque "la propiedad sin el uso ilimitado es un derecho nominal", se alteran, sin duda, esas garantías constitucionales al fijar por ley el precio de ese uso sin la voluntad del dueño y para beneficiar a otro, privándole de un elemento esencial de la propiedad sin sentencia que lo autorice y sin previa indemnización.

20º) No se concibe, en efecto, cómo pueda decirse que todos los habitantes de la Nación tienen el derecho de "usar y disponer de su propiedad" -que no goza de franquicia o privilegio alguno ni daña a terceros- si se admite que, por vía de reglamentación o de otra manera,

otro habitante, que no es el dueño, pueda fijar por sí y ante sí el precio de ese uso o de esa disposición. Como observaba uno de los miembros de la comisión general de legislación, ilustrado profesor de derecho público, refiriéndose al art. 6 del proyecto que declaraba sin efecto los aumentos efectuados en el precio de los arrendamientos, después del 1 de enero de 1920: "esa disposición de carácter general y absoluto, que significa implantar el régimen de lo arbitrario, al atribuir al Congreso la facultad de fijar por sí y ante sí el valor y el precio de las cosas, prescindiendo de disposiciones indiscutiblemente categóricas de nuestra carta fundamental y de todas las leyes y principios que regían los valores, aparte de ser una disposición perfectamente inocua, ya que no habría tribunal que no declarase su inconstitucionalidad, afectaría, en mi sentir, el propósito mismo de sus autores, ya que el día que el Congreso implante esa política de fijar por sí y ante sí el valor de las cosas, sin regla ni criterio alguno, no habrá nadie que se atreva a llevar su dinero o sus ahorros a la edificación para entregarla a sus azares" (Diputados, 1920, III, p. 688) .

21º) Se invoca, finalmente con el objeto de justificar la facultad legislativa de fijar la propia autoridad la renta que la propiedad privada ha de producir, lo que se ha denominado poder de policía -police power- encaminado a asegurar el predominio del interés o bienestar general sobre el interés particular. Pero ese poder no tiene otro fundamento que la regla de jurisprudencia romana, garantía a la vez de la convivencia social, por la que cada uno debe usar de su derecho de manera que no dañe el de los demás; sic utere tuo ut alienum non ledas. Y no puede sospecharse siquiera que, al arrendar sus bienes, el locador dañe el derecho de los demás; a menos que se pretenda que éstos son sus condóminos, lo que significaría la comunidad de los bienes que no entró en las miras de los autores de la Constitución. Evitar un daño al derecho ajeno es lo que legitima las restricciones al derecho de propiedad como lo hace constar el codificador en su nota al art. 2611 y lo reconocía esta Corte de la que formaba parte el miembro informante de la Constitución de 1853, Dr. Gorostiaga, en la causa contra la provincia de Buenos Aires con ocasión de la ley sobre remoción de los saladeros del Riachuelo. Era requerida esa medida por la salud pública y no atacaba el derecho de propiedad "pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otros" ("Fallos", t. 31, p. 273).

26) No se trata en el sub judice de la propiedad de cosas destinadas a un uso público o en que se encuentre comprometida la higiene, moralidad o seguridad públicas (public health, morals or safety); o como dice el codificador, de restricciones impuestas al dominio por sólo el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo o en consideración a la religión; ni de aquellas acciones privadas de los hombres que de algún modo ofendan al orden ya la moral pública o perjudiquen a un tercero. Se trata simplemente de la "locación de las casas, piezas y departamentos destinados a habitación, comercio o industria", es decir, a usos privados, en ejercicio de la libertad de

comerciar con el uso y disposición de la propiedad. Arrendar una casa, pieza o departamento constituye para locador y locatario un contrato privado que no se convierte en acto de interés público por simple mandato de la ley, y la ingerencia del Estado dictando reglamentaciones policiales, exige que los intereses del público en general y no los de una clase particular lo requieran "por. que es una regla que el poder de policía no puede ser invocado para proteger a una clase de ciudadanos en contra de otra clase, a menos que la ingerencia sea para la protección real de la sociedad en general" (152 U.S. 133; Ruling case law, t. VI, § 194) . Por ello el codificador limitaba la exclusividad del dominio en "el predominio para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual".

27) Las simples alternativas de la oferta y la demanda, comunes a todos los negocios, no constituyen un privilegio de hecho que los entregue a la imposición de precios por el gobierno. y la doctrina del "monopolio virtual" de la mayoría de la Corte americana en el conocido caso de los elevadores de Chicago (Munn v. Illinois, 94 U.S. 113) , que dejaba toda propiedad y todos los negocios en el Estado a merced de una mayoría de su legislatura, no cabe en nuestra Constitución que ha prohibido expresamente sean alterados los derechos que reconoce, y ha podido observarse con razón: "que las constituciones modernas eran una limitación puesta a la soberanía popular misma, mientras que la Constitución exige al legislador que no puede alterar lo que ella establece, al ejecutor de la ley que debe limitarse a lo que ella le prescribe, y aun al juez que ha de juzgar la ley misma que aplica, en cuanto exceda los límites a la facultad de legislar señalados por la Constitución" (El Redactor de la Comisión etc., de 1860, n° 6) .

Alberdi criticó desde el inicio la interpretación amplia de la posibilidad de utilizar la reglamentación como límite a los derechos económicos. *Conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, es concedido el goce de las libertades económicas. La reserva deja en manos del legislador, que ha sido colono español, el peligro grandísimo de derogar la Constitución por medio de los reglamentos, con sólo ceder al instinto y rutina de nuestra economía colonial, que gobierna nuestros hábitos ya que no nuestros espíritus. Cuando la Constitución ha sujetado su ejercicio a reglas, no ha querido que estas reglas sean un medio de esclavizar su vuelo y movimientos, pues en tal caso la libertad sería una promesa mentirosa, y la Constitución libre en las palabras sería opresora en la realidad.*

Todo reglamento que so pretexto de organizar la libertad económica en su ejercicio, la restringe y embaraza, comete un doble atentado contra la Constitución y contra la riqueza nacional, que en esa libertad tiene su principio más fecundo.⁵⁰

⁵⁰ Sistema Económico y Rentístico. Editorial Luz del Día. 1954.

La Constitución no se ha contentado con entablar el principio de propiedad, sino que ha dado también los remedios para curar y prevenir los males en que suele perecer la propiedad. El ladrón privado es el más débil de los enemigos que la propiedad reconozca.

Ella puede ser atacada por el Estado en nombre de la utilidad pública...

Puede ser atacada la propiedad por contribuciones arbitrarias o exorbitantes del gobierno...

La propiedad intelectual puede ser atacada por el plagio, mediante la facilidad que ofrece la difusión de una idea divulgada por la prensa o por otro medio de publicidad...

El trabajo y las facultades personales para su desempeño constituyen la propiedad más genuina del hombre. La propiedad del trabajo puede ser atacada en nombre de un servicio necesario a la República...

La propiedad puede ser atacada por el derecho penal en nombre de la confiscación.

La propiedad suele experimentar ataques peculiares de los tiempos de guerra, que son los ordinarios de la República Argentina, con el nombre de requisiciones y auxilios...

El caso Avico c/ de la Pesa y Home building Association.

En 1933 se falló el caso Home Building & Lone Association v. Blaisdell que tuvo una vasta influencia en nuestro país ya que fue luego incluido en su integridad en el fallo Avico c/ de la Pesa. Se trataba de una ley que limitaba los efectos de la crisis en las hipotecas de las viviendas postergando el plazo de vencimiento en caso de falta de pago. En el fallo se establecen cinco criterios para determinar la emergencia económica y sus consecuencias.

- 1) La definición de emergencia, en el caso se circunscribe a la situación de las hipotecas sobre viviendas: *“la perdida de hogares y tierras que proveen a quienes las poseen el refugio y la subsistencia necesarios son una causa potente para la aprobación de una ley de emergencia”*. Es decir la emergencia tiene una definición estricta.
- 2) La legislación está dirigida a un fin legítimo, es decir no era para la mera ventaja de individuos particulares sino para la protección de un interés básico de la sociedad.
- 3) En virtud de la naturaleza de los contratos en cuestión (hipotecas de incuestionable validez) el alivio concedido y justificado por la emergencia para no ser contrario a las disposiciones constitucionales deber el apropiado para esa emergencia concreta y solo puede ser concedido en condiciones razonables.
- 4) Las condiciones sobre las que se concede el período de gracia no deben ser irrazonables. El alivio concedido por la ley de emergencia debe tener en cuenta los intereses de ambas partes.
- 5) La legislación debe ser limitada en el tiempo, es limitada por la exigencia que la causó.

Caso Oscar Agustín Avico c/ Saúl de la Pesa, 7 de diciembre de 1934, Fallos 172:29.

El caso Avico constituye el principal holding en materia de emergencia económica, ya que establece su definición y límites, sigue vigente hasta nuestros días.

7°) *Nuestra Constitución al adoptar en gran parte los principios de la Constitución de E. U. de América, nos ha dado, entre otras, la inmensa ventaja de proporcionarnos la interpretación sabia de su Corte Suprema relativa a los principios que hemos incorporado. La garantía de la propiedad consagrada en el art. 17 de nuestra Constitución tiene su antecedente en las enmiendas de la Constitución americana. Es, pues, del mayor interés el estudiar cómo ha sido interpretada por la Corte Suprema de ese país, la naturaleza, extensión y límites de esa garantía, a fin de adoptarla también, si sus fundamentos son razonables, como la más auténtica y sabia interpretación del principio que hemos adoptado en la propia.*

8°) *Respecto a la moratoria que establece la ley 11.741 en tres años para la devolución del capital prestado y de seis meses para el de los intereses, no obstante estar vencido el término del contrato, o, de ser éste distinto tanto para el pago del capital y de los intereses, la Corte Suprema de Estados Unidos se ha pronunciado recientemente (8 de enero de 1934), en la causa Home Building and Loan Association (apelante) v. John H. Blaisdell y señora de Blaisdell, análoga a la sub lite en cuanto respecta a la moratoria, que modifica, tanto aquí como allí, en lo referente al plazo, las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario.*

La parte apelante impugnó la validez del cap. 339 de las leyes del Estado de Minnesota de 1933, par. 514, aprobada en 18 de abril, llamada „ley de moratoria hipotecaria“, por ser repugnante a la cláusula que prohíbe alterar los contratos contract clause (art. 1, sec. 10) ya las cláusulas del debido proceso de ley e igual protección de la enmienda 14 de la Constitución federal.

La ley de Minnesota debía regir mientras subsistiera la emergencia que motivó su sanción y no más allá del 1 de mayo de 1935, o sea un poco más de dos años.

La Corte Suprema norteamericana examina la ley en cuanto prorroga el plazo del rescate de las fincas vendidas en ejecuciones hipotecarias por el tiempo que las Cortes consideren justo y equitativo, sujeto al límite arriba indicado. y también en cuanto al tiempo para el rescate de fincas ejecutadas anteriormente, que de otro modo expiraría antes de los treinta días de sancionada la ley, que puede ser extendido por las Cortes; así como la disposición de la ley que niega acción antes del 1 de mayo de 1935 para cobrar de acuerdo con las cambiantes circunstancias.

Los esposos Blaisdell, invocando la citada ley de moratoria, solicitaron a la Corte del distrito el otorgamiento de la prórroga en el plazo del

rescate de su finca ya enajenada en la ejecución hipotecaria, la cual había comprado el acreedor hipotecario en 2 de mayo de 1932 por \$ 3.700,98; sosteniendo que la depresión económica les había impedido cancelar la deuda u obtener un nuevo préstamo y que si no se prorrogaba el plazo para el rescate, perderían irrevocablemente la propiedad, cuyo valor razonable excedía a la deuda hipotecaria inclusive los intereses, costas y gastos.

12°) Demostrado que el Congreso tiene atribución constitucional para dictar leyes reguladoras del uso y goce de la propiedad, y que también constituyen propiedad, garantizada por el art. 17 de la Constitución, los derechos que el contrato de préstamo acuerda al acreedor, quedan por examinar los hechos que dieron origen a la ley, si ésta se ha propuesto un fin legítimo y si son razonables y justas las disposiciones impugnadas.

La profunda crisis económica sufrida por el país, en estos últimos años, ha sido puesta de relieve en la discusión parlamentaria a que dio lugar la sanción de la ley 11.741. El miembro informante de la comisión de hacienda del Senado puso de manifiesto la necesidad de conjurarla por medio de la ley que ahora se impugna. Dijo: "que esa medida era reclamada con urgencia por el país, en forma expresa y angustiada. Ya el Congreso respondió al llamado de esa solicitud al sancionar rápidamente y casi sin discusión, la ley de suspensión de remates judiciales, y hace pocos días su prórroga, lo que evidencia la necesidad que se contempla. Era un simple compás de espera mientras se estudiaba la ley reclamada y aconsejada con rara unanimidad". Refirió que los deudores hipotecarios del Banco Hipotecario Nacional y del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que han prestado 1.400 millones y 257 millones respectivamente, estaban en mora en un 60 %' la situación de los bancos de descuento con sus carteras congeladas, y el resultado de los remates de propiedades. "No hay compradores, dijo. No es cuestión: de precios ya que los remates casi sin excepción, son todos en ejecuciones judiciales que, siguiendo su trámite, se producen sin base y terminan por la adjudicación a los acreedores a precios que importan un despojo". Refirió también la caída sin, precedentes del precio de los productos.

La coincidencia en el sentir de los dos grandes poderes de Estado, Legislativo y Ejecutivo, y los hechos recordados, además de muchos otros que pueden invocarse, llevan al convencimiento de que había, en realidad, un estado de emergencia producido por fenómenos económicos, tan grave o más que el que puede crearse por un contraste de la naturaleza, y que bien pudo decirse que ese estado tiene los caracteres del acaso fortuito, capaz por su propio imperio, en principio, de modificar las relaciones contractuales creadas al abrigo de la normalidad. He ahí la necesidad de esta ley.

En la "Revista de Economía Argentina", año 1934, N°s. 189 y 190 del t. XXXII, puede apreciarse la proporción en que ha aumentado el poder de

compra del peso, que es el correspondiente a la baja de los productos, el que representa un promedio del 52 % para los siete principales artículos alimenticios, habiendo llegado el aumento del poder adquisitivo de nuestro peso moneda nacional, respecto a los productos de granja a un 112 %. El nivel de los precios de los productos agropecuarios ha experimentado una baja de 145,3% en 1928, a 76,2% en 1933, tomando como base 100 la cotización media del período 1910/1914 ("Revista Económica del Banco de la Nación Argentina", p. 134, vol. 6, n° 8, octubre a diciembre 1933) , baja más o menos igual que puede apreciarse en el monto de las ventas de inmuebles (p. 25, vol. 7, n°s. 1/4 de la misma revista). Y aunque no hay estadísticas precisas respecto a la baja del precio de la propiedad urbana y rural, es de público conocimiento que éste ha bajado en parecida proporción, y que habría llegado a precios realmente viles si se hubieran ejecutado los miles de millones de créditos hipotecarios que se hallaban en mora, con perjuicios irreparables para los deudores y desastrosas consecuencias para la economía general del país y su situación financiera.

Ese desastre de orden económico es tan hondo y ha cambiado tan bruscamente el valor de la propiedad y de todos los productos de la agricultura y ganadería, y consiguientemente el precio del arrendamiento de los campos y casas, que si el Congreso no se hubiera resuelto a establecer la moratoria y especialmente la rebaja del interés de los préstamos hipotecarios los acreedores hipotecarios que percibieron durante estos años su capital en una moneda extraordinariamente valorizada dentro del país, por la emergencia, - adquirirían en realidad un valor de compra muy superior al que dieron en préstamo. Y lo mismo ocurría con el monto de los intereses, pues el 6% representa efectivamente, dada la baja de los productos y propiedades en el país, un 9, 10 o más por ciento, como, poder adquisitivo o de compra; que es ésta la única forma de valorar la moneda de papel cuando no se la refiere al oro, que, por el cierre de la Caja de Conversión, ha dejado de ser instrumento de cambio en las Operaciones internas.

En conclusión podemos afirmar que la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como lo es el interés público comprometido en esta grave emergencia; y que los medios empleados: la moratoria para el pago del capital por tres años, y de los intereses por seis meses vencidos, así como el máximo de seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales.

La disidencia parcial del Dr. Roberto Repetto.

Que es innecesario hacer un análisis de cada una de las situaciones contempladas por esa jurisprudencia para resolver el caso de autos. El poder de policía tiene, en efecto, un límite del cual nunca podrá pasar y es el de que la propiedad privada no es susceptible de ser tomada por el Estado para sí mismo o para darla a otra persona, sin que se convierta en dominio eminente con derecho por consiguiente para obtener indemnizaciones. **Si la propiedad privada en virtud de la reglamentación derivada del poder de policía pudiere ser quitada a una o más personas para darla a otra o a otras por razones de orden público sin indemnización, se habría creado un poder desconocido e inesperado dentro de la Carta Fundamental, llamado a anular el principio de la inviolabilidad de la propiedad tan enfáticamente proclamado por ella.** Que la reducción de los intereses del préstamo hipotecario del; nueve al seis por ciento, autorizada por la ley 11.741 respecto de los contratos ya celebrados, significa en buen romance atribuirle al deudor de la obligación, lo que ya pertenecía al acreedor con la voluntad de aquél. Y no se diga que la diferencia del tres por ciento se sustrae del patrimonio del acreedor a título de reglamentar el uso del dinero y no de tomarlo, porque mediante tal raciocinio podría anularse el préstamo en su integridad. La garantía de la propiedad ampara todo lo constituido por ella. Cuando se tienen cien centavos la misma protección se dispensa a uno solo de los centavos que a los cien; si se tienen cien metros cuadrados " de tierra la garantía se aplica tanto a los cien metros como a cada una de las unidades. Adquirido un derecho de préstamo antes de la sanción de una ley que lo afecte, lo mismo se toma la propiedad , ajena cuando se rebaja el interés en un tres por ciento, que en un nueve, pues como se dijo, el precio del uso constituye una propiedad tan definida como el capiti mismo.

Que ni el legislador, ni el juez, ha dicho esta Corte, pueden en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio de la inviolabilidad de la propiedad ("Fallos", t. 137, p. 47; t. 145, p. 307; t. 152, p. 268; t. 144, p. 219).

En los Estados Unidos en el conocido caso de 1938 U.S. vs. Carolene Products en que el Presidente Stone redacta la nota N°4 pone en el primer párrafo de ella la existencia de un control más estricto cuando la legislación está en conflicto con las diez primeras enmiendas que son la declaración de derechos. Curiosamente esta expresión fue interpretada como referida a las libertades civiles y no a las libertades económicas.

Esta posición de distinción entre libertades civiles y económicas fue expresada en forma terminante por Hugo Black en el caso **Ferguson v. Skrupa 372 US 326 (1963)** donde dijo con referencia a las doctrinas económicas, "nos negamos a ser una super legislatura que valore la sabiduría de la legislación, y enfáticamente nos negados a

volver al tiempo en que los tribunales utilizaban el Debido Proceso para eliminar leyes estatales, regulatorias de las condiciones del comercio y la industria porque fueran poco sabias, imprudentes o inarmónicas con una escuela particular de pensamiento. Ya fuera que la legislatura utilice el texto de Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes, o algún otro no es algo que nos concierna.” De esta manera la Corte confundió doctrinas económicas aplicables con las libertades económicas establecidas en la Constitución.

La introducción del control de razonabilidad. El caso Cine Callao.

Este caso es considerado como el que establece la aparición de la doctrina de la razonabilidad en el derecho argentino. La proporcionalidad entre el fin deseado por la norma y el medio escogido es imaginado como una forma de limitar el exceso en la reglamentación de los derechos constitucionales y en particular los económicos. Pero quiero recordar en el caso Cine Callao (Fallos 247:121) el Dictamen del Procurador General Sebastián Soler. *Si de acuerdo a la recordada doctrina ..la conveniencia pública no es causal suficiente para facultar a la autoridad a imponer determinados negocios, mal se aviene con este principio el que tales negocios puedan, sí, imponerse en función de la conveniente de sectores limitados. Y éste contraste es aún más manifiesto si se advierte que el negocio se traduce en realidad en la obligación de prestar un beneficio cuya erogación se pone solamente a cargo de otro sector de la colectividad, determinado y reducido, en vez de ser extensiva, equitativa y proporcionalmente, a todos los miembros de la comunidad. ..*

Si la ley se hubiera circunscripto a establecer para una clase de trabajo las condiciones que el mismo debe contratarse o realizarse se habría ajustado, en principio, a la limitación constitucional. Pero ha ido más allá. Ha consagrado para una categoría de personas un verdadero privilegio cuya repercusión económica incide perjudicialmente sobre otra. ..

*Agrega: Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden de lo reglado, con excesos de poder. **Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o en menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subcientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para***

contemplantlo, que la autoridad que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder..”

Este dictamen prevé la grave influencia de los grupos de interés sobre las decisiones gubernamentales cuando la voluntad estatal puede atribuir rentas y transferir recursos de unos a otros sin ningún control judicial.

La evolución en Estados Unidos después de la crisis de los años '30.

La Corte Suprema no continuó con la doctrina de menor control de los derechos económicos establecida desde 1937. Una parte de la evolución fue el reconocimiento por la Corte en 1970 de la doctrina de la “nueva propiedad”. Este concepto fue establecido por Charles Reich en 1964⁵¹, quien decía que existía una nueva propiedad que era producto de la actividad, o generosidad, gubernamental y producto del estado de bienestar. En razón del enorme crecimiento de la actividad gubernamental y de los programas de bienestar, gran parte del público era dependiente del gobierno para obtener empleo, ingresos, beneficios, servicios, licencias, contratos, subsidios y la utilización de recursos públicos. Reich sostenía que esos reclamos contra el gobierno constituían un nuevo tipo de propiedad, que requería de la protección constitucional. Esto suponía una mayor atención por parte de los jueces a los derechos económicos abandonados en gran medida desde el cambio de jurisprudencia en la década del '30. Esta teoría fue reconocida por la Corte en el caso *Goldberg vs. Kelly*⁵², El Juez Brennan dijo en ese caso que un estado no podía hacer terminar pagos de asistencia pública a un beneficiario sin una audiencia donde se planteara un descargo y se ofreciera prueba, ya que los derechos adquiridos en un sistema de asistencia eran más cercanos a una propiedad que a una dádiva.

El caso que puede decirse marca el fin del estándar dual de revisión entre libertades personales y derechos de propiedad es *Lynch v. Household Finance Corporation*⁵³. El Juez Stewart escribiendo en nombre de la Corte⁵⁴ señaló que la razón principal para descartar una distinción entre libertades personales y derechos de propiedad en cuanto a la protección judicial era la gran dificultad que existía en trazar una línea consistente y objetiva entre ellos. Se trataba de la facultad que tenían entidades financieras de embargar cuentas de ahorros de los deudores morosos de forma extrajudicial.

“La dicotomía entre libertades personales y derechos de propiedad es falsa. La propiedad no tiene derechos. El agente tiene derechos. El derecho a gozar de su propiedad sin una privación

⁵¹ Charles Reich, *The New property*, 73 Yale L J. 733, citado en Bernard Siegan *The Economic Liberties and the Constitution*. U. Chicago, 1980 p. 362.

⁵² 397 U.S. 254 en 1970.

⁵³ 405 U.S. 538 (1972).

⁵⁴ Existió una disidencia pero referida a otro punto del proceso y con aclaración de la coincidencia con el holding principal.

ilegal es en verdad un derecho “personal” en no menor medida que la libertad de expresión o el derecho a viajar, ya sea que la “propiedad” en cuestión sea un cheque de seguridad social, una casa, o una cuenta de ahorros. En los hechos una interdependencia fundamental existe entre el derecho personal a la libertad y el derecho personal a la propiedad. Ninguno tiene sentido sin el otro.”

Penn Central Transportation Co. vs. City of New York 438 U.S. 104 (1978),

Fue debatido el 17 de abril de 1978, decidido el 26 de junio de 1978 por voto de 6 a 3; Brennan para la Corte, Rehnquist en disenso. Esta decisión clave en la doctrina regulatoria de expropiación (takings) originó algunos principios importantes. El Comité de Preservación de Estructuras Históricas designó a la terminal Grand Central como edificio histórico. Consecuentemente, se le negó al actor el permiso de construir un edificio de oficinas de 50 pisos (sostenido por arcos) sobre la terminal. Sin embargo, la ciudad permitió “derechos de construcción transferibles”, por los que el actor podían construir en exceso ciertos sitios cercanos y “transferibles”. Penn Central desafió la restricción como una negativa del debido proceso y como una expropiación (takings).

En una opinión amplia, la Corte sostuvo que la restricción de construcción no era una expropiación (takings) porque no impedía los usos existentes o prevenía un razonable retorno en inversión. La opinión enfatizaba que la restricción no debían “frustrar expectativas basadas en inversiones importantes” (*Frustrate distinctive investment backed expectations*) (p. 127), una frase que aparece en subsiguientes decisiones de expropiación (takings). Mientras que la Corte no consideró el efecto mitigante de los derechos de construcción transferibles, lo que quedaba sugerido era que tales derechos transferibles podían mitigar la pérdida para prevenir una expropiación (takings) o podían, si era una expropiación (takings), proveer una forma de compensación. La Corte también rechazó el argumento de que el espacio de aire fuera considerado una parcela diferente de propiedad para propósitos de expropiación (takings). Subrayando la opinión está la noción de que los valores estéticos, particularmente la preservación histórica, son intereses públicos importantes que justifican restricciones en la tierra privada.

Esta doctrina fue variada luego en cuanto a la regulación de la utilización de la propiedad inmobiliaria en el caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council* la Corte Suprema consideró que si la reglamentación sobre utilización de la propiedad dejaba la propiedad en las manos del propietario pero lo privaba permanentemente de su utilización económica se trataba de situación similar a una expropiación “categorical taking” que debía ser indemnizada. En un

caso muy reciente Tahoe-Sierra Preservation Council (2002) se complementó este principio señalando que podía existir una limitación temporal.

La regulación expropiatoria. El caso Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992)

Los hechos básicos del caso Lucas son simples y requieren de una breve recapitulación. En diciembre de 1986, el demandante, David Lucas, hizo una compra de dos lotes de terreno costero no edificados, en la isla de Palms, cerca de Charleston, Carolina del Sur. El precio por la compra de ambos lotes era de \$975.000. Lucas tenía la intención de desarrollar un lote para uso personal y de mantener el otro lote para propósitos de inversión. Al momento de la compra, la tierra estaba distribuída en zonas para desarrollo personal familiar, y una casa similar ya había sido construída en el lote situado entre ambos lotes de Lucas. Sin embargo, antes de que se pudiera empezar cualquier construcción en el lote de Lucas, Carolina del Sur aprobó el Acto de Administración de Zonas frente a la playa (BMA, Beachfront Management Act) en el que, efectivizándose el 1 de julio de 1988, se prohibía virtualmente toda construcción entre la playa y ciertas líneas de construcción. Bajo la nueva ordenanza, Lucas no podía construir en ninguno de sus lotes. En su acción para compensación, Lucas reclamaba que la propiedad en cuestión había sido despojada de todo su valor económico. Más tarde argumentó que para él la propiedad tenía, de hecho, un valor negativo porque los usos permitidos bajo el BMA - acampar, recreación o utilizar el sitio para una casa rodante - valían mucho menos que los costos de los impuestos inmobiliarios y seguro de responsabilidad civil asociados con la posesión de la tierra. A pesar de que el Concejo Costero contestó ambos reclamos por parte del Sr. Lucas, el juez de juicio sostenía que la regulación constituía una “apropiación total” (total taking)⁵⁵ de los dos lotes de Lucas. De acuerdo a esto, emitió una orden con dos provisiones. Primero, Lucas fue instruido para trasladar el título de propiedad al estado de Carolina del Sur, libre y exento de hipotecas, utilizadas para comprarlo. Segundo, el juez ordenó al estado a pagar a Lucas el valor de mercado de la propiedad y a devolver cualquier impuesto a la propiedad cobrados luego de la fecha efectiva de la ordenanza costera.

La Corte Suprema de Carolina del Sur revocó la decisión de juez, basándose en el hecho de que durante el juicio, Lucas no expuso las justificaciones de Carolina del Sur para las regulaciones en cuestión. Esa omisión fue fatal para Lucas, ya que significaba una concesión a

⁵⁵ La traducción de “takings” es “expropiación”, desgraciadamente en nuestro derecho se ha desvirtuado el concepto de expropiación hasta hacerlo un concepto técnico referido a un tipo muy específico de apropiación de bienes por el Estado, con exclusión de otros igualmente graves que quedaron en parte desprotegidos de protección constitucional.

que las dunas sobre las que quería edificar eran un frágil recurso y que la regulación era necesaria para prevenir un serio daño público. Habiendo concedido a las aseveraciones del estado, la Corte encontró que las regulaciones, de esta manera, recaían en el ámbito del poder policial como fue analizado en casos anteriores bajo la cláusula de expropiación (takings).

Expectativas razonables y la definición de expropiación.

El Ministro Scalia comienza su análisis con la observación de que las apropiaciones de tierra físicas y permanentes normalmente requieren de una compensación justa “sin importar cuánto peso pueda tener el propósito público detrás (de la regulación estatal)”. Por otra parte, las regulaciones del uso de la tierra que despojan a la misma de parte o de todo su uso económico beneficioso están sujetas a una revisión constitucional mucho menos exacta de lo que lo están las apropiaciones físicas. Sólo si una regulación de uso de la tierra “no avanza substancialmente sobre los intereses estatales legítimos o niega a un dueño económicamente viable el uso de su tierra”, será invalidada. La pregunta es porqué se traza la línea limítrofe entre las regulaciones compensatorias y no compensatorias del uso de la tierra para distinguir las apropiaciones totales de las parciales, así como las físicas de las regulatorias.

El Ministro Scalia escribiendo por la Corte señaló que existía una expropiación cuando **“la regulación niega todo beneficio económico o productivo de la tierra”**. **“Existen buenas razones para nuestra creencia frecuentemente expresada que cuando el propietario de un derecho real debe sacrificar toda utilización económicamente beneficiosa en nombre del bien común, esto es dejar su propiedad sin uso económico, ha sufrido una expropiación.”** (112 S.Ct. 2895)

El fallo tiene dos elementos **El enfoque categórico**. Cuando una reglamentación prohíbe toda utilización económica viable de una unidad de propiedad, el propietario tiene el derecho a ser compensado, a menos que su interés original en la propiedad nunca hubiera incluido el derecho a llevar a cabo esos usos. **Perjuicios versus beneficios**. Scalia sostiene que existen situaciones donde la legislatura trata de forzar al propietario a proveer un beneficio público.⁵⁶

Nota que **una pérdida completa del uso económico puede ser vista también como “el equivalente de una apropiación física”**. Pero no responde la pregunta de porqué una restricción parcial en el uso de la tierra no es tratada de una forma similar. Una restricción parcial que persigue en contenido un convenio restrictivo privado sobre el uso de

⁵⁶ Cf. Farber, Eskridge and Frickey. Constitutional Law. 2 ed. 1998, p. 446.

la tierra debería ser visto como el equivalente de una apropiación física parcial, y de esta manera, compensatorio bajo la cláusula de apropiaciones.⁵⁷

¿Por qué asumir que las restricciones parciales están motivadas por un alto propósito público y que las restricciones totales no lo están?

El fallo Lucas expresa:

*Cuando el Estado busca a través de la reglamentación priva a un terreno de todo uso beneficioso, creo que puede negarse a compensar solamente si una búsqueda previa lógica en la naturaleza de la propiedad concreta muestra que el uso prohibido no era parte de su título... En el caso de la propiedad real, sin embargo, consideramos que la noción sostenida por el Consejo [la demandada] que el título se encuentra **sometido a la limitación implícita que el Estado pueda subsecuentemente eliminar todos los usos económicos válidos, es inconsistente con el pacto histórico establecido en la cláusula de expropiación que es parte de nuestra cultura constitucional.***

Una nueva síntesis. El fin de la división y el restablecimiento de la razonabilidad económica.

Sin duda el respeto de las libertades económicas es puesto a prueba en tiempos de crisis. La tentación por parte de los jueces de hacer una distinción entre libertades civiles y económicas tiene consecuencias nefastas ya que degrada los derechos económicos a nivel de doctrinas de política económica. Hemos visto que la Corte Suprema de EEUU ha finalmente desechado esta distinción. La otra tentación del juez constitucional es la de considerar a la emergencia económica como una autorización amplia a los poderes políticos para la reglamentación de los derechos constitucionales con un límite de razonabilidad muy restringido. Este abandono de la Corte Suprema a proteger los derechos económicos lleva al sometimiento de los habitantes al capricho de legisladores y funcionarios en cuanto al uso de su propiedad o a su ejercicio del comercio y la industria para mencionar solo algunos derechos.

Creo que se puede encontrar la solución en el análisis económico del derecho, para que de esta manera los jueces descubran las cuestiones económicas implícitas en los casos y las consecuencias muchas veces ocultas de decisiones constitucionales que crean incentivos económicos o rentas muchas veces no deseadas. Corresponde el análisis de los costos de transacción que los precedentes constitucionales pueden imponer. Estos costos de transacción elevados son los que hacen dificultan la actividad humana y la llevan a la frustración de sus expectativas. Particularmente en cuanto el

⁵⁷ Richard A. Epstein *LUCAS v. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL: A TANGLED WEB OF EXPECTATIONS* Stanford Law Review May, 1993 Symposium Lucas v. South Carolina Coastal Council

control judicial es la principal garantía frente a la acción de grupos de interés en el proceso legislativo. Frente a esto el restablecimiento de un control de razonabilidad económica incluyendo el análisis de costo y beneficio de la reglamentaciones de los derechos es una tarea que se impone a los jueces. Contrariamente a lo que se pensó desde la década del '30 la emergencia económica no se resuelve con jueces prescindentes.

Los casos de la cláusula oro. (1935),

Ha habido un debate en la sociedad argentina que contrastaba la solución de este caso con los casos de la cláusula oro en los Estados Unidos. Éste es el nombre común colectivo para tres casos de la era del New Deal: **Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad Co.** , 294 U.S. 240; **Nortz vs. United States**, 294 U.S. 317; y **Perry vs. United States** 294 U.S. 330. Los tres debatidos del 8 al 11 de enero de 1935, decididos en febrero de 1935 por votos de 5 a 4; Hughes para la Corte, Mc Reynolds en disenso en cada caso. Como parte del programa del New Deal de conservar las reservas de oro durante la emergencia económica de la Gran Depresión, el Congreso, en 1923, revocó las cláusulas en contratos privados y públicos estipulando el pago en oro. Consecuentemente, tales obligaciones podían ser pagadas en la moneda devaluada. En estos tres casos, los que tenían bonos desafiaron esta acción como una trasgresión de la obligación de contrato y una pérdida de la propiedad sin el debido proceso.

Hablando para la Corte, el Chief justice Charles Evans Hughes sostuvo el poder del Congreso de regular el sistema monetario. Reglamentó que las cláusulas de oro en contratos privados eran meras provisiones para el pago en dinero. Además, Hughes concluyó que el Congreso podía no hacerse cargo de los **contratos privados que estuvieran en conflicto con su autoridad constitucional sobre el sistema monetario**. Con respecto a las cláusulas de oro en bonos del gobierno, sin embargo, Hughes encontró **que el Congreso había damnificado inconstitucionalmente sus propias obligaciones**. Sin embargo, determinó que los que tenían bonos podían recuperar sólo los daños nominales por la trasgresión de contrato y de esta manera no podían demandar por indemnizaciones. En una amarga opinión de disenso, el ministro James C. **Mc Reynolds acusó que la acción del Congreso predecía la confiscación de propiedad y el caos financiero. Declaró que “esto era lo peor de Nerón”**.

El largo camino desde *Smith* a *Massa*.

El fin del nudo gordiano constitucional.

Los casos de los Mataderos. Slaughterhouse Cases 16 Wall. 83 U.S. 36 (1873),	62
Allgeyer vs. Louisiana 165 U.S. 578 (1897), la libertad de contrato.	66
Lochner vs. Nueva York 198 U.S. 45 (1905),	66
Adkins vs. Children´s Hospital 261 U.S. 525 (1923),	71
West Coast Hotel Co. vs. Parrish 300 U.S. 379 (1937).	72
La Cláusula del Progreso.	79
El fin del nudo gordiano constitucional.	104

Gordias rey de Frigia había enlazado el yugo de su carro de manera que fuera imposible de desatar, el oráculo prometía el reino del Asia menor a quien lo desanudara. Cuando le presentaron a Alejandro Magno el nudo gordiano, lo cortó con un solo golpe de su espada.

La Corte Suprema en el caso *Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo* dio una solución al problema del ‘corralito’. Pero también y más importante dio una nueva visión a la intrincada y caótica doctrina de la emergencia económica. Sin buscar una visión formalista del derecho que justificara una nueva alternativa dentro de la evanescente doctrina de la emergencia buscó una solución pragmática al conflicto. Al hacerlo aplicó también el análisis económico del derecho, particular el Teorema de Coase y a su aplicación por los jueces imitando la solución a la que hubieran llegado las partes si hubieran podido negociar sin costos de transacción.

El pragmatismo en la Corte Suprema.

En este fallo la Corte Suprema aplica una visión pragmática del derecho, algunos párrafos así lo indican.

*10) Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una **decisión consensuada entre los ministros** que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito **de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social**, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas.*

El pragmatismo tiene una larga tradición filosófica iniciada en Charles Sanders Pierce y William James⁵⁸ y que incluye en la actualidad a autores como Richard Rorty⁵⁹ y en el derecho a Richard Posner. El contenido de la visión pragmática del derecho le pide a los jueces que se concentren en las consecuencias prácticas de sus decisiones y tiene una utilidad particular en el derecho constitucional en la resolución de casos complejos.

La función primaria de una Corte Suprema es la de determinar las normas constitucionales que son necesarias y requeridas por las partes para la resolución de casos en los que se plantean cuestiones constitucionales. La función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente productos semi elaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta.⁶⁰ La norma constitucional, que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractamente determinados, ciertas consecuencias determinadas de manera abstracta. En algunos casos estas consecuencias no aparecen específicamente en la Constitución misma. Esta norma constitucional tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en forma concreta a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada concretamente.

A esta función de la Corte como tribunal constitucional debe agregarse también la de **resolver casos complejos** en los que se presentan situaciones de gravedad institucional. Para estos casos puede analizarse la aplicación del pragmatismo jurídico y de razonabilidad. Casos en los que el debate constitucional es importante pero en los que las consecuencias de la decisión pueden poner en peligro la administración de justicia. En este caso particular la gravedad no proviene solo de las consecuencias económicas de la decisión, a lo que nos referiremos más adelante, sino a la explosión de demandas judiciales aisladas que inundaron los tribunales inferiores y a la Corte Suprema. Existe asimismo un remedio que son las acciones de clase que permiten reunir muchas pretensiones en una sola acción y a lo que también expondremos más adelante.

⁵⁸ La principal obra de James sobre el tema es *Pragmatismo* de 1907, edición castellana Aguilar, Biblioteca de iniciación filosófica. 1964. Sobre una historia de los orígenes del pragmatismo ver Louis Menand. *El Club de los metafísicos*. Grupo editorial Planeta. Bs. As. 2003. p. 343.

⁵⁹ Cf. Richard Rorty, *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton University Press, 1979. Caps. VI y VII, donde una visión pragmática moderna sobre el método, lenguaje y hermenéutica.

⁶⁰ Cf. Kelsen, *Teoría General del derecho y del estado*. p. 159.

Richard Posner estableció un dodecálogo para determinar el contenido del pragmatismo legal.⁶¹

1. El pragmatismo jurídico no es un nombre elegante que justifique una adjudicación ad hoc, sino que supone la consideración sistémica de las consecuencias y no solamente las específicas de cada caso.
2. Sin embargo, solamente en circunstancias excepcionales el juez pragmatista⁶² dará un carácter vinculante a las circunstancias sistémicas, de la manera que lo hace el formalismo jurídico, es decir que la visión formalista del derecho raramente coincidirá con una estrategia pragmática, ya que ocasionalmente las circunstancias específicas del caso dominarán el proceso decisorio.
3. El criterio final de la decisión pragmática es su **razonabilidad**.
4. Sin embargo, a pesar del énfasis en las consecuencias el pragmatismo jurídico no es una forma de consecuencialismo, en el sentido de las doctrinas que evalúan las acciones por el valor de sus consecuencias, de las cuales la más prominente es el utilitarismo. Ello es debido a que el sistema pragmático de adjudicación conserva aspectos del formalismo como es la decisión por normas antes que por estándares. Más aún, por razones prácticas y jurídicas el juez no puede tener en cuenta todas las consecuencias posibles de sus decisiones.
5. El pragmatismo jurídico es prospectivo y considera que la adhesión a las decisiones pasadas es una necesidad con calificaciones antes de un deber ético.
6. El pragmatismo jurídico considera que el procedimiento analítico general no distingue el razonamiento jurídico de otras formas de razonamiento práctico.
7. El pragmatismo jurídico es empírico.
8. Por lo tanto no es hostil a toda teoría, más aún es más hospitalario a algunas formas teóricas que el formalismo jurídico, por ejemplo las que sirvan de guía a la búsqueda empírica. El pragmatismo jurídico es contrario a la idea de utilizar teorías abstractas, éticas o políticas, para guiar a la decisión jurídica.
9. El juez pragmático tiende a favorecer fundamentos estrictos para una decisión antes que genéricos cuando la evolución de una doctrina jurídica se encuentra en sus etapas iniciales.
10. El pragmatismo jurídico no es un suplemento del formalismo y por lo tanto difiere del positivismo de H. L. A. Hart.
11. El pragmatismo jurídico es coincidente con la concepción sofística y aristotélica de **la retórica como forma de razonamiento**.

⁶¹ Richard A. Posner, Law, Pragmatism, and Democracy (Harvard 2003), pp. 59-60.

⁶² El término 'pragmatista' es utilizado para distinguir la expresión técnica derivada de la utilización del pragmatismo jurídico, la una utilización del uso común del lenguaje.

12. Difiere tanto del realismo jurídico como de la escuela crítica del derecho.

De esta manera una visión pragmática les solicita a los jueces que se concentren en las consecuencias prácticas de sus decisiones y tiene su aplicación concreta en el derecho constitucional, donde la información con que cuentan los jueces es incompleta y no permite construir un precedente definitivo. En una forma modesta de resolver cuestiones constitucionales frente a las formas agresivas de hacerlo. El juez 'modesto' coincide con la autolimitación judicial particularmente en casos donde la información es incompleta o asimétrica. De esta manera hay una coincidencia entre el pragmatismo judicial y una visión de prudencia o de 'modestia' judicial. El pragmatismo basa su decisión en las consecuencias y es muy difícil determinar las consecuencias de una decisión política si se la elimina desde su inicio, con una visión formalista muy estricta. Si la Corte Suprema es inevitablemente un tribunal político cuando decide cuestiones constitucionales, toda limitación a su ejercicio proviene del reconocimiento del carácter subjetivo de muchos de los fundamentos de la jurisprudencia constitucional.⁶³

El incumplimiento eficiente en los contratos.

La Corte planteó cual era el motivo del pleito en su párrafo 14
14)... *El problema se circunscribe, por lo tanto, al quantum que la entidad bancaria receptora de la imposición debe abonar al depositante. En lo referente a tal cuestión corresponde, en primer lugar, establecer, con arreglo a la normativa de emergencia —y según los alcances que a ella corresponde otorgar conforme el juicio de esta Corte en el contexto de la situación suscitada— sobre **qué bases debe determinarse la obligación de las entidades bancarias emergente de los respectivos contratos de depósito para verificar si su resultado, en las actuales circunstancias, conduce a un menoscabo del derecho constitucional de propiedad** (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) aducido por los demandantes.*

Se trata de saber si existe un incumplimiento contractual de tal extensión que pudiera producir un menoscabo del derecho de propiedad. La pregunta desde el análisis económico del derecho es saber si puede haber un **incumplimiento eficiente de los contratos**. La respuesta en aplicación del estricto criterio de Pareto es, que el incumplimiento es eficiente cuando las partes están mejor luego del incumplimiento que lo que estarían en una situación anterior. Es decir reconocer que a veces es más eficiente no cumplir un contrato, cuando los costos de cumplimiento exceden beneficios de todos. Cooter y Ulen señalan que el primer objetivo del derecho de contratos

⁶³ Richard A. Posner. Foreword: a political court. 119 Harv. L. Rev. 31, Harvard Law Review November, 2005

es el de permitir a las personas convertir juegos con soluciones ineficientes en juegos con soluciones eficientes.⁶⁴ Los contratos son costosos y deben aproximarse al ideal de proveer incentivos para conducta que maximice el valor.

Frente a una sistema de derecho ineficiente la solución es la aplicación es el Teorema de Coase. Tiene múltiples versiones podemos recordar la de Cooter y Ulen **“Cuando las partes negocian y resuelven sus diferencias por cooperación, su comportamiento será eficiente sin importar la norma jurídica existente”** El Teorema supone con **costos de transacción reducidos las partes por medio negociación resolverán sus problemas de una manera siempre eficiente sin importancia del derecho aplicable.** La pregunta es que ocurre cuando los costos de transacción son tan elevados que no puede haber una negociación eficiente, es decir en la que las partes estén en una situación mejor que la que estaban antes. O donde los derechos no estén claramente determinados. En esos casos corresponde la aplicación de Coase por los jueces.

El juez y una solución negociada.

El teorema de Coase señala la característica de los costos de transacción y su influencia en el sistema económico. El análisis del teorema plantea preposiciones normativas y positivas. **Posner hace una sugerencia normativa señalando que ya que las transacciones no son nunca sin costo en el mundo real, la eficiencia es promovida al asignar el derecho legal a la parte que lo hubiera comprado en el caso que hubiera sido asignado inicialmente a la otra parte⁶⁵.**

Con Coase hubiéramos imaginado una decisión del tribunal que imitara el mercado, *“mimic the market”*, es decir imitar o acercarse a la decisión que las partes hubieran tomado en el mercado si no hubiera habido costos de transacción. **Cuando los costos de transacción son positivos los derechos deberán ser asignados a quienes los poseerán en el estadio final si los costos de transacción fueran cero.** La asignación de derechos deberá cumplir con la maximización de riqueza o dicho de otra manera, *“imitar el mercado”*.⁶⁶ Cuando los costos de transacción son elevados la posibilidad de negociación es menor por lo que las personas deben utilizar los tribunales para que los recursos tengan su uso más eficiente. En este caso la posibilidad de una negociación entre depositarios y bancos era posible pero con costos elevados provenientes de la información asimétrica, de posibles comportamientos estratégicos provenientes de los bancos y particularmente de la situación de desventaja financiera en la que se encontraban algunos actores. La posibilidad de una solución eficiente a través de la negociación pudo ser propuesta por los jueces en

⁶⁴ Robert Cooter & Thomas Ulen. Law and Economics. 2ª ed. 1997. Pag. 170.

⁶⁵ Richard Posner. Economic Analysis of law. 5ed. 1998, p. 62-63

⁶⁶ En inglés *“mimic the market”*, ver también Posner, Op. Cit. P 272.

algunos casos, pero en general se buscó una solución dentro del formalismo jurídico. Una alternativa eficiente es que el juez llegara a la solución a las que las partes hubieran llegado si hubieran podido negociar sin costos de transacción y dentro de esta visión se encuentra el fallo de la Corte Suprema. Ante la confusión normativa creada por la existencia de muchas decisiones diferentes, con precedentes de la Corte Suprema contradictorios, una alternativa es que los jueces puedan imitar una decisión a la que las partes hubieran llegado con costos de transacción bajos. Es una solución eficiente ya que pone a ambas partes en una situación mejor que la que hubieran estado antes de la conclusión del pleito y ha reducido los costos de probables litigios futuros. Dentro de esta visión de una solución conciliada es comprensible que las costas sean por el orden causado.

El largo camino desde el caso Smith.

Sin duda el respeto de las libertades económicas es puesto a prueba en tiempos de crisis. La tentación por parte de los jueces de hacer una distinción entre libertades civiles y económicas tiene consecuencias nefastas ya que degrada los derechos económicos a nivel de doctrinas de política económica. La Corte Suprema de EE.UU. ha finalmente desechado esta distinción inicialmente en el caso Lynch y fundamentalmente en el caso Lucas⁶⁷. En *Lynch v. Household Finance Corporation*⁶⁸, el Juez Stewart escribiendo en nombre de la Corte⁶⁹ señaló que la razón principal para descartar una distinción entre libertades personales y derechos de propiedad en cuanto a la protección judicial era la gran dificultad que existía en trazar una línea consistente y objetiva entre ellos. Se trataba de la facultad que tenían entidades financieras de embargar cuentas de ahorros de los deudores morosos de forma extrajudicial.

“La dicotomía entre libertades personales y derechos de propiedad es falsa. La propiedad no tiene derechos. La gente tiene derechos. El derecho a gozar de su propiedad sin una privación ilegal es en verdad un derecho “personal” en no menor medida que la libertad de expresión o el derecho a viajar, ya sea que la “propiedad” en cuestión sea un cheque de seguridad social, una casa, o una cuenta de ahorros. En los hechos una interdependencia fundamental existe entre el derecho personal a la libertad y el derecho personal a la propiedad. Ninguno tiene sentido sin el otro.”

La otra tentación del juez constitucional es la de considerar a la emergencia económica como una autorización amplia a los poderes

⁶⁷ El caso Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992) Son de alguna manera el abandono de las doctrinas como las que surgen de los casos del oro.

⁶⁸ 405 U.S. 538 (1972).

⁶⁹ Existió una disidencia pero referida a otro punto del proceso y con aclaración de la coincidencia con el holding principal.

políticos para la reglamentación de los derechos constitucionales con un límite de razonabilidad muy restringido. Este abandono histórico de la Corte Suprema a proteger los derechos económicos lleva al sometimiento de los habitantes al capricho de legisladores y funcionarios en cuanto al uso de su propiedad o a su ejercicio del comercio y la industria.

En el presente caso la Corte Suprema ha buscado una solución dentro de la visión pragmática del derecho teniendo en cuenta el fracaso de las visiones formalistas del tema para resolver finalmente el problema de los depósitos bancarios en dólares y la extraordinaria litigiosidad existente.

Creo que se puede encontrar la solución en el análisis económico del derecho, para que de esta manera los jueces descubran las cuestiones económicas implícitas en los casos y las consecuencias muchas veces ocultas de decisiones constitucionales que crean incentivos económicos o rentas muchas veces no deseadas. Corresponde el análisis de los costos de transacción que los precedentes constitucionales pueden imponer. Estos costos de transacción elevados son los que hacen dificultar la actividad humana y la llevan a la frustración de sus expectativas. Particularmente en cuanto el control judicial es la principal garantía frente a la acción de grupos de interés en el proceso legislativo. Frente a esto el restablecimiento de un control de razonabilidad económica incluyendo el análisis de costo y beneficio de las reglamentaciones de los derechos es una tarea que se impone a los jueces. Contrariamente a lo que se pensó desde la década del '30 la emergencia económica no se resuelve con jueces prescindentes.

¿Es un holding ejemplar?

Un precedente pragmatista es un precedente limitado. Un precedente útil es aquel que permite fácilmente encontrar la norma constitucional aplicable a casos futuros de características similares. La práctica de respetar los precedentes tiene beneficios considerables:

- 1) Eficiencia en cuanto economiza esfuerzos judiciales, el mismo punto no tendrá que ser considerado nuevamente por el mismo tribunal, o por lo menos no a menudo.
- 2) Eficiencia en el interés de los particulares que al tener definidos sus derechos pueden con menor riesgo resolver sus conflictos por negociación, particularmente si consideran que sus derechos constitucionales están determinados y es poco probable que sean variados.
- 3) Se evitan litigios innecesarios, que sería el caso de un tribunal inferior que decide un caso en contra del precedente estable de

la Corte Suprema y que es por lo tanto revocado reiteradamente.⁷⁰

Ahora una solución dentro del pragmatismo jurídico encuentra su utilidad cuando no es posible encontrar un precedente formal, o cuando se quiere establecer una forma eficiente de resolver el conflicto pero fuera lectura del positivismo jurídico estricto. En gran medida el pragmatismo ha colaborado para salir del galimatías del discurso jurídico existente en materia de emergencia económica. Este discurso ha sido justamente criticado en la doctrina jurídica desde la reconocida disidencia de Antonio Bermejo en el caso Ercolano c. Lanteri de Renshaw.⁷¹ Años más tarde Alfredo Orgaz, por ejemplo, en Fallos 243:449 señaló el concepto de “temporiedad”, *Todo lo que cabe afirmar razonablemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duraron las causas que la han originado.*⁷² Pero también es necesario señalar que la doctrina de la emergencia económica no tiene tampoco fundamentos económicos creíbles.

¿Cuál es el holding de este precedente? No es una norma formal sino primariamente una constatación práctica que no hubiera tenido trascendencia si la cuestión planteada no hubiera sido la de mayor gravedad institucional de los últimos tiempos.

19) Que, en síntesis, de lo expresado en los considerandos anteriores resulta que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito — incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada— convertido a pesos, a la ya indicada relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual.

*20) Que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, **no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora.***

Al mismo tiempo, es sin duda desafortunada la referencia al *principio de la "soberanía monetaria"* (Fallos: 52:413, 431 y 149:187, 195) efectuada en el párrafo 21 efectuada como un *obiter dictum* para señalar que la doctrina de la emergencia económica sobrevive como un espectro que puede nuevamente aterrarnos.

El discurso económico y la eutanasia del rentista.

⁷⁰ BANKOWSKI, MacCORMICK, MORAWSKI & RUIZ MIGUEL. *Rationales for precedent*. En Mac Cormick ed., *Interpreting precedents*. Ashgate. 1997, P. 490. Debo señalar que se refieren a precedentes continentales europeos.

⁷¹ Los fundamentos económicos del Caso Ercolano son particularmente disparatados, ya que supone que existe un monopolio organizado por todos los locadores de la ciudad de Buenos Aires.

⁷² Citado por el Ministro Fayt en su voto en el caso Provincia de San Luis c. Gobierno Nacional.

A pesar de haber elegido una solución pragmatista encontrada al caso, en un *obiter dictum* en el párrafo 21 la Corte reitera conceptos que califica de centenarios sobre la ‘soberanía monetaria’.

...la regulación general del régimen monetario y la fijación del valor de la moneda. Sobre este aspecto ha habido precedentes constantes acerca de su constitucionalidad fundados en el principio de la "soberanía monetaria" (Fallos: 52:413, 431 y 149:187, 195). El Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional).

Es este un comentario desafortunado ya que si bien existe una doctrina regulatoria de larga tradición, aunque no centenaria, ella está basada en argumentos jurídicos y económicos muy endebles. Su principal fundamento económico está basado en los modelos de John Maynard Keynes quién hacia el fin de su obra *Teoría General de la ocupación el interés y el dinero*,⁷³ estableció un lenguaje normativo de condena de los ahorristas que se encuentra desacreditado.

En el capítulo 24 de la *Teoría General* Keynes sostuvo que en el tiempo el capital aumentaría y con este aumento de la oferta el precio del capital, es decir la tasa de interés del mercado, caería. El resultado de este proceso histórico sería el fin de la clase capitalista y Keynes llamaba a la **‘eutanasia del rentista’**.⁷⁴ Más allá del hecho que muchas más personas viven del interés de sus ahorros ahora que en la época que Keynes escribía, existen muchas razones para disentir de la visión de Keynes que la demanda de capital es limitada *‘la demanda de capital está limitada estrictamente en el sentido que aumentar la existencia del mismo no sería difícil’*.⁷⁵ Una de ellas que la demanda de capital es ilimitada ya que es un mecanismo de poder y es difícil de imaginar que la demanda de poder sea fácilmente satisfecha.

Una cita del párrafo mencionado es elocuente por si misma:

...aunque este estado de cosas sería perfectamente compatible con cierto grado de individualismo, significaría sin embargo, la eutanasia del rentista y, en consecuencia, la del poder de opresión acumulativo del capitalista para explotar el valor de escasez del capital. Hoy el interés no recompensa de ningún sacrificio genuino como tampoco lo hace la renta de la tierra; pero mientras posiblemente haya razones intrínsecas para la escasez de la tierra no las hay para la de capital... Veo, por tanto, el aspecto rentista del capitalismo como una

⁷³ La edición original es de 1936, la traducción existente de la del Fondo de Cultura Económica, Méjico 1943.

⁷⁴ John Maynard Keynes, *Teoría General*.. pp. 374-77 de la edición original inglesa, pp. 330, 332 de la ed. Mejicana.

⁷⁵ Id. Pp. 374 (330).

*fase transitoria que desaparecerá tan pronto como haya cumplido su destino y con la desaparición del aspecto rentista sufrirán un cambio radical otras muchas cosas que hay en él.’*⁷⁶

Propone la intervención del estado para que permitiera por el ahorro colectivo que el capital creciera hasta dejar de ser escaso. En suma lo que propone es la expropiación lenta y gradual de los ahorristas, a los que llama ‘rentistas’ en una terminología anticuada y también peyorativa, para lo cual no habría necesidad de una revolución.⁷⁷

El desarrollo de las nociones keynesianas a través de los años ’30 a ’70 ha tenido graves consecuencias institucionales, muchas de las cuales no han sido abandonadas cuando se desacreditaron las doctrinas económicas que le dieron origen. Se estableció una cultura jurídica que justificó la ‘eutanasia del ahorrista’ a pesar de las importantes limitaciones constitucionales existentes. Se transformó en un discurso económico normativo⁷⁸ que produjo el más importante cambio en las doctrinas constitucionales desde *Marbury vs. Madison*. Se estableció un nuevo contenido para la ‘soberanía monetaria’ y la ‘emergencia económica’ totalmente contraria a las libertades constitucionales.

Los casos del oro.

En el fallo se han mencionado los cuatro casos del oro fueron decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1935. De ellos dos ***Norman v. Baltimore & Ohio Railroad*** y ***United States v. Bankers Trust Co.***, fueron decididos conjuntamente 294 U.S. 240 (1935) y se referían a deudas privadas. Fue con una mayoría muy estrecha, 5 a 4, la mayoría se concentró en la capacidad del Congreso en regular los contratos entre particulares. Pero conviene recordar los argumentos de la minoría,

El Juez McREYNOLDS en su disenso dijo:

Las disposiciones aquí atacadas traerán la confiscación de los derechos de propiedad y el repudio de las obligaciones públicas. La aquiescencia en las decisiones recientemente anunciadas es imposible; las circunstancias requieren de la declaración de nuestras opiniones. Permitirnos caer por la pendiente suave ofrecida por el curso de los acontecimientos y adormecer nuestras mentes frente a la extensión del daño sería precisamente fracasar en nuestra obligación de responsabilidad.

Es cierto que las cláusulas oro ‘cumplan la intención de asegurar un estándar definido o una medida de valor, y por lo tanto protegernos contra la depreciación de la moneda y contrario a la liberación de la

⁷⁶ Id. Pp. 331 (375).

⁷⁷ Keynes, id p. 332 (376). Joan Robinson, *Economic Philosophy* pp. 19-20 (Chicago, 1962)

⁷⁸ Por oposición al discurso positivo que describe las posibles consecuencias de cada medida económica pero sin imponer su análisis como una norma.

obligación por el pago de menos que lo establecido'. Más aún, permiten los medios de computar la suma a pagar en moneda corriente si el oro no fuera obtenible.

Es bueno recordar que los deudores de estos contratos eran compañías ferroviarias y bancos y los acreedores eran en muchos casos simples ahorristas que quedaron empobrecidos.

La posibilidad de una acción de clase.

El alud de casos judiciales planteados por el 'corralito' financiero llevó al colapso a la administración de justicia. Ahora que una decisión de la Corte Suprema resuelve el fondo de la cuestión corresponde reflexionar sobre medios procesales útiles que permitan resolver rápidamente estos litigios masivos. Una técnica utilizada para promover la eficiencia en la solución judicial de conflictos son las acciones de clase.

Una "acción de clase" es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. No todos los casos pueden transformarse en acciones de clase, solo una minoría de casos pueden ser certificados como perteneciendo a una misma clase. Sin embargo si existe un número importante de actores o lo que es menos habitual de demandados, con cuestiones similares para resolver en un pleito el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase. Cuando es posible la acción de clase es una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, se concentran miles de demandas en un solo juicio, de esta manera los que integran la clase pueden afrontar los costos del proceso y el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la falta de certeza en estos puntos es mucho mayor. Al mismo tiempo para la administración de justicia la acción de clase evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares en diferentes juzgados y con la posibilidad de resultados diferentes.

La teoría de la acción de clase es tomar una señal débil y amplificarla agregándole muchas pretensiones pequeñas que de otra manera no podrían ser perseguidas individualmente. De esta manera se bajan los costos de cada reclamo individual. La principal ventaja de las acciones de clase es que efectivamente une acciones separadas sobre una misma cuestión que por los altos costos procesales serian impracticables si se litigaran individualmente. La acción de clase permite la amplificación de acciones de un monto reducido y que requieren una prueba compleja y muy costosa en la producción. Disminuye los costos del litigio y permite traer mayores recursos y un asesoramiento jurídico especializado y de alto nivel. Al mismo tiempo la acción de clase fortalece la posición negociadora del actor. En este

tipo de acciones el actor individual es generalmente mucho más débil que el demandado, ya sea este una empresa de seguros en un caso de accidentes masivos, una empresa contaminante o un banco. La acción de clase al extender el caso a todos los afectados equilibra las partes en el proceso, lo que es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la prueba. Evitan también las negociaciones para la formación de un litis consorcio, ya que la reunión de asambleas de posibles actores y su unificación para participar en la demanda supone un costo muchas veces insuperable. Las acciones individuales hacen imposible pleitos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados muy poderosos.

Para los demandados tiene la gran ventaja que se concentran las demandas en un caso y permite asumir todas las consecuencias financieras en un pleito. Permite también ofrecer bases de conciliación más amplias ya que no es necesario hacer reservas para futuros pleitos sobre la misma cuestión. Reduce también al demandado los costos procesales ya que no requiere contratar letrados para representarlo en múltiples foros y en diferentes casos, todos con producción de prueba y razonamientos jurídicos. Son una herramienta útil en aquellos casos que una misma violación de esos derechos afecta a muchas personas que por los costos del proceso no pueden acceder a la justicia. De esta manera se reducen los costos de prueba, de honorarios de letrados, del esfuerzo en demandas diferentes y finalmente del procedimiento en múltiples juzgados.

La Acción de clase generalmente concluye con una conciliación entre las partes, porque los costos del proceso son muy elevados para las partes que prefieren una solución acordada. De alguna manera en este caso *Massa* la Corte Suprema ha tratado la causa como una hipotética acción de clase y ha buscado la solución similar a las que las partes hubieran llegado si hubieran podido negociar sin costos de transacción.

El fallo *Massa* resuelve en forma pragmática una cuestión grave que había creado desconfianza social en las instituciones y una congestión en la administración de justicia. Al utilizar un lenguaje pragmático y una visión cercana al análisis económico del derecho no continuó con el retorcido camino jurisprudencial de la emergencia, que no tiene sostén constitucional ni económico y sólo ha creado el desprestigio de la judicatura. Permite además una solución rápida de los demás conflictos que continúan ocupando los tribunales.

Los derechos constitucionales y los requisitos formales. El caso Gideon vs. Wainwright en 1963.

El caso Provincia de San Luis y el debate sobre los límites del amparo que planteó la disidencia me obliga a dos reflexiones sobre los derechos constitucionales y los procedimientos. La primera es que la venialidad con que se consideraron por muchos años las restricciones a los derechos constitucionales, en particular los económicos, nos precipito en esta situación de crisis y conflicto constitucional. La segunda consideración también traída por este fallo y por fallos anteriores de la Corte, es que no deben exagerarse la importancia de las normas procesales en la defensa de los derechos constitucionales. El procedimiento debe ser una garantía y no una limitación de los derechos constitucionales. La concentración de jueces, letrados y juristas en temas procesales habitual en nuestra tradición jurídica solo oscurece el necesario debate sobre las cuestiones constitucionales cuando estas se plantean genuinamente en un juicio. Con más razón en el caso de un procedimiento ante la Corte Suprema.

Un debate constitucional no debe impedirse por motivos procesales sino por los motivos de fondo, es decir cuando no existe una cuestión federal o esta es insustancial. Puedo citar en este caso la simplificación de los procedimientos en los recursos “in forma pauperis” y en uno de circunstancias más dramáticas es **Gideon vs. Wainwright en 1963**. En el caso que dio origen al precedente sobre el derecho a asistencia letrada de acusados indigentes, Clarence Gideon un condenado que se encontraba cumpliendo su sentencia envió un recurso redactado de su puño y letra en una hoja de cuaderno. Este escrito fue aceptado como un recurso “in forma pauperis” y los secretarios letrados del Presidente de la Corte le dieron forma de escrito judicial. Gideon tuvo la representación pro bono de Abe Fortas, que luego integraría el tribunal, que fue designado por la Corte para defender a este recurrente indigente.⁷⁹

Considero que un juez puede rechazar la consideración de una cuestión constitucional por sus motivos, incluso por considerarla carente de trascendencia, pero no por una doctrina procesal. El certiorari es una buena doctrina en este respecto.

La conveniencia del certiorari es que limita los formalismos procesales en la presentación de un caso y concentra el tratamiento de la cuestión en los meritos de la cuestión constitucional. La concentración en el procesalismo limita la valoración y el respeto de los derechos constitucionales.

⁷⁹ Cf. BAUM, L. , The Supreme Court. Third Ed. Washington 1989, p. 79.

Los efectos económicos de las sentencias judiciales.

La Corte Suprema es un regulador.

La mayor parte del tiempo un tribunal regula o reglamenta las actividades gubernamentales. Revé las decisiones de las otras dos ramas del gobierno y establece una decisión que será definitiva. De la misma manera que el gobierno aumenta en sus funciones de reglamentación de la actividad de los particulares, es decir del sector privado, la Corte Suprema aumenta también su función como control del gobierno que establece esas normas y de alguna manera las funciones de la Corte aumentan en forma más que proporcional. En una visión tradicional la función de la Corte Suprema era la de árbitro de las diferencias o de los litigios entre particulares. En la actualidad la Corte también cumple una función de resolver disputas originadas en la actividad de un órgano del gobierno que participa en la reglamentación de la actividad de los particulares, esas disputas tienen ya mucho más que ver con el control de la actividad gubernamental de reglamentación que en una función estrictamente de árbitros. Existe por lo tanto un conjunto de principios unificadores de todas las decisiones de la Corte Suprema que influyen en las normas que regulan la actividad económica. Estas normas han tenido un gran cambio desde las primeras decisiones de la Corte reconociendo el aumento, iniciado en la década del 30⁸⁰, del poder de policía por parte de las otras dos ramas del gobierno. Las decisiones judiciales tienen cada vez en forma más amplia una influencia considerable en la actividad económica.

Los jueces tienen dificultades en manejar casos que se refieran a la esfera económica. Estas dificultades parten en principio, de la estructura de la resolución de conflictos y también debido, a veces, a la falta de un entrenamiento apropiado para percibir la influencia de los incentivos que crean las normas jurídicas sobre el sistema económico. Asimismo la esfera judicial está muy influida por el discurso constitucional que distinguió entre libertades económicas y libertades individuales que han de alguna manera limitado la protección constitucional de las primeras y en cambio han profundizado la protección o resguardo de los últimos.

Los jueces resuelven litigios y también crean normas.

⁸⁰ Es un amplio conjunto normativo que va desde el caso Avico c/de la Pesa hasta el caso Arcenio Peralta.

Generalmente imaginamos que la creación de normas es un subproducto o producto accesorio a la resolución del conflicto. Si un tribunal debía decidir un caso y para resolverlo efectúa una interpretación constitucional que reconoce la existencia de un derecho que hasta ese momento no habrá sido determinado, el resultado efectivo es la creación de una norma. El procedimiento habitual es que el tribunal o la Corte Suprema al resolver el caso y exponer los fundamentos de la decisión debe evitar que se afecte la regla de la igualdad y con los fundamentos anuncia una norma que gobernará los casos futuros. La decisión un caso concreto impone entonces la creación de una nueva norma que es una norma constitucional. La Corte Suprema tiene una jurisdicción en gran medida discrecional, ya que si bien está reglada por el artículo 14 de la ley 48, debido a las reformas posteriores, a la práctica establecida en mucho tiempo y en gran medida por influencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el procedimiento de certiorari de alguna manera elige los casos en los cuales podrá crear normas para casos futuros. En gran medida una Corte Suprema trata de evitar dictar sentencias en casos que puede haber una variación de las normas. La tendencia es a consolidar las normas existentes en sus propios precedentes y abrir recursos para analizar casos que planteen cuestiones constitucionales novedosas. De lo contrario se transformaría a la Corte Suprema en una tercera vía procesal y se correría el grave riesgo de una jurisprudencia errática.⁸¹

Esto nos enfrenta a las dos visiones que debe tener un Juez de la Corte Suprema en la solución de un caso. La primera es la resolución de la disputa lo cual supone una **visión ex post** de la cuestión, es decir, posterior a que hayan ocurrido las circunstancias del caso. La segunda visión, **ex ante**, es la necesaria para establecer un precedente eficaz, que como toda creación supone una predicción de los efectos de la norma creada hacia el futuro. En toda perspectiva ex post el juez conoce a las partes y generalmente conoce los hechos. En la creación de normas, el juez al dictar el precedente, no conoce las partes que intervendrán en los casos que de lugar la aplicación de la jurisprudencia de ese caso y tiene una información muy incompleta de los hechos futuros que solo puede predecir. Por lo tanto, el Juez se encuentra ante el dilema de por una parte buscar la mejor solución para el caso, es decir, la solución más justa o más de acuerdo a derecho, o que aumente el bienestar de las partes y, al mismo tiempo, debe analizar las consecuencias de la norma que crea. Un precedente nuevo puede crear beneficios para ciertas personas en el futuro o alterar el comportamiento de las personas de lo que tendrían con la norma existente, hasta el momento. Este es un riesgo que enfrenta la Corte Suprema, que en cada caso que resuelve se enfrenta con la

⁸¹ Véase en este sentido lo expresado por la aplicación del Teorema general de la imposibilidad de Arrow a las decisiones judiciales.

situación de crear normas para el futuro. La presión para utilizar casos concretos como ocasión para la creación de normas aumenta en forma continua. Y en cada nuevo caso la Corte Suprema muchas veces decide muchas cuestiones constitucionales que tendrán consecuencias sobre situaciones futuras.

En una decisión judicial la Corte Suprema establece reglas o normas constitucionales que influyen tanto a los jueces inferiores que deberán aplicarlas en casos similares y también influye en el comportamiento de los que están fuera del sistema judicial. El Congreso dictará normas que deberán cumplir con las cuestiones constitucionales resueltas por el tribunal. Las fuerzas de seguridad deberán cumplir con las normas de garantías establecidas por los tribunales y los funcionarios públicos deberán cumplir con las garantías establecidas para los actos administrativos. También las visiones constitucionales de la Corte afectan la conducta de los actores económicos dentro de la sociedad, ya que puede crear por sus decisiones incentivos inclusive incentivos de alto poder para los actores económicos dentro de la sociedad. Existe esta paradoja con los fallos de la Corte Suprema, estrictamente las decisiones de la Corte son obligatorias para las partes y los argumentos dados para esa decisión son lo secundario para las partes del proceso, y sin embargo para los casos futuros lo central de la decisión de la Corte no es el decisorio concreto que solo interesa estrictamente a las partes del proceso sino los argumentos dados. Esos argumentos, fundamentos constitucionales son los que reconocerán la existencia de normas constitucionales establecidas a través de los precedentes que la Corte determine.

Como la mayor parte de los abogados los jueces de la Corte utilizan la analogía, es decir, un juez extrae de decisiones anteriores las características que considera pertinentes y determina si la disputa contemporánea tiene puntos en común con las decisiones anteriores. Sin embargo el concepto de la analogía es imperfecto cuando se deben regular decisiones que afectan a los actores económicos de una sociedad, y cuando me refiero a actores económicos son todas las personas que deciden sobre su actividad económica o cualquier decisión que tenga una influencia sobre la distribución de recursos escasos. En ese sentido todos los habitantes son actores económicos en gran medida y su comportamiento está regulado por sus propias decisiones y por las decisiones de la administración. En estos casos la analogía es una solución imperfecta ya que los casos que tienen consecuencias económicas requieren del Juez que resuelva cuestiones que no son estrictamente las que una situación similar en un caso anterior pueda resolver ya que los incentivos o subsidios que pueda crear una decisión pueden variar con las situaciones de casos anteriores.

Las decisiones del Juez influyen en el mercado directamente aunque no de forma evidente. Es decir que un Juez sin probablemente saberlo

pueda tomar una decisión que produzca ganancias y pérdidas y muchas veces los resultados sean que las ganancias van a los más ineficientes y las pérdidas a los más eficientes. Al mismo tiempo las reglas de mercado no se aplican a los jueces, es decir, el mercado establece premios y castigos para un inversor que invierte erróneamente o para el administrador que no analiza claramente su sistema de costos o premia a los que ofrecen productos mejores y más baratos que los consumidores desean y buscan. No ocurre esto con la decisión judicial aunque si de alguna manera ocurre en el mercado político.

Las partes litigan porque esperan obtener con ello ciertos beneficios económicos. Uno es que los jueces tomen decisiones eficientes, es decir que pongan a las partes en una situación mejor de la que estaban antes. La otra alternativa es que una de las partes o las partes utilicen el proceso judicial como un comportamiento oportunista, es decir para no cumplir un contrato, para producir un lapso de tiempo mayor para el cumplimiento de una obligación y de esa manera reducir el precio que corresponde pagar, o también porque consideran que la decisión judicial va a ser tomando las características de la dilación en el cumplimiento una situación que pone a una de las partes en una mejor situación que la que estaría si cumpliera una obligación en el momento de resolverla o que debe cumplirla. También puede ser que las partes ingresen a un proceso porque no tienen otra manera de resolver una cuestión. En general las personas utilizan el proceso judicial para atacar las normas que consideran incorrectas, es decir porque esperan que puedan ganar más por la sustitución de esa norma por otra norma. En este sentido una declaración de inconstitucionalidad de una norma establece que esa norma aplicable no estará en vigencia y por lo tanto será sustituida por otra. También es el caso de la doctrina de la razonabilidad en cuanto a la no aplicación de una norma considerada irrazonable ya que en este caso no solo se trata de la norma en sí que pudiera considerar inconveniente sino también la forma en que es aplicada por la administración. Existe en este tema el debate constitucional que se produce en la Facultad de Derecho que transmite una cultura jurídica a los jueces, tanto al inicio de sus carreras como a través de los argumentos utilizados por las partes en el proceso y también por los argumentos dados por los juristas en publicaciones especializadas.

El debate jurídico en general está muy influido por el concepto de la falla del mercado. En general los abogados tienden a analizar la legislación que el Estado ha dictado para reemplazar la autonomía de las partes o la actividad del mercado por las situaciones que podríamos llamar de falla del mercado. Luego del abandono en gran medida de las doctrinas de falla del mercado por intervención gubernamental sobre todo a partir de la obra de Coase aparece una revalorización de la autonomía de las partes y del comportamiento

económico de los que deciden normas que influyen sobre la actividad económica. Otro de los temas de análisis a considerar es la influencia de los grupos de interés en la legislación y la función judicial como una forma de exponer el carácter que alguna legislación tiene por influencia de los grupos de interés que han influido en ella. De alguna manera el Juez interviene en el conflicto entre los intereses de los grupos y lo que podríamos llamar el interés general. El Juez en general está en la mejor situación para defender el interés general de las otras ramas del poder político.

Siguiendo a Easterbrook⁸² 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
- (i) El análisis de la dinámica del proceso político y particularmente del proceso legislativo.

1) Las perspectivas ex ante y ex post.

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 quien debe resarcir. En general, todos los litigios tienen una situación similar. Los jueces toman las posiciones de las partes como ocurridas y, de alguna manera, impiden cualquier oportunidad de establecer ganancias a través de la formulación de la norma. **Los principios que se establezcan en el caso de hoy influirán a los casos similares en situaciones similares en el futuro.** Si los jueces analizan los casos solamente como ocasiones para una asignación equilibrada de ganancias y pérdidas generalmente asegurarán que haya menos ganancias y más pérdidas en el futuro. De esta manera, de la forma que un tribunal asigne un resarcimiento luego de una colisión de vehículos, será la forma en que las empresas de seguros establecerán las condiciones de los futuros contratos que se firmen. Por ejemplo, si el tribunal restringiera en un caso concreto la capacidad que tuviera el propietario de una patente para cobrar royalties, reduciría los beneficios que se anticipan por obtener patentes y por lo tanto, reduciría los incentivos de otras personas para inventar y patentar inventos. Habitualmente, el descubrimiento del equilibrio correcto entre recompensas prometidas y realizadas es una tarea extraordinariamente compleja. En el caso de patentes, ya mencionado, puede ser imposible descubrir un sistema "correcto" de normas que den incentivos para producir y patentar nuevos inventos

⁸² Frank H. Easterbrook The Supreme Court 1983 Term. Foreword: The Court and the Economic System Harvard Law Review Vol. 98:4

y al mismo tiempo asegure el uso óptimo de las cosas que ya han sido inventadas. Existe una tensión en la creación óptima y la utilización óptima de la información. Lo que el Juez debe hacer es evitar enviar señales erróneas al sistema económico a menos que los Jueces perciban con claridad las consecuencias que esas normas jurídicas tendrán en el comportamiento oportuno. Para quienes tienen visiones consecuencialistas, esto podría ser un comportamiento obvio. De esta manera, pueden los abogados sostener argumentos de oportunidad frente a los tribunales y los legisladores argumentos políticos o económicos para demostrar la razonabilidad de sus leyes. El control de razonabilidad tiene un contenido relacionado entre el fin de la norma y el medio escogido para cumplirlo y, es decir, determinar el fin del legislador y la conveniencia del medio utilizado. Sin embargo, muchos de esos argumentos entran en conflicto cuando se plantean cuestiones de equidad o de justicia. Puede haber un conflicto entre lo que podríamos llamar las consecuencias económicas de una decisión, que generalmente busca un aumento del bienestar general, frente a una distribución de recursos hecho sobre una base de equidad. **El argumento de equidad es un argumento ex post** y en general un legislador, un abogado y un Juez sentirán una gran incomodidad si decide un caso sin de alguna manera dar algún tipo de argumentación en favor de la equidad. Nadie se siente cómodo con una decisión que puede ser tachada de injusta. Hay una visión en la cultura judicial que imagina que el sistema económico es transacciones de suma cero, es decir una división entre pérdidas y ganancias de un monto exacto en el cual todo lo que gana uno lo pierde otro. Es decir los montos están establecidos desde el inicio y no pueden ser alterados por los tribunales, y por lo tanto lo que gana uno lo pierde el otro. Esta visión es errónea. Si imaginamos que las normas jurídicas pueden crear en la sociedad mayores ganancias o mayores pérdidas, el reclamo de una solución puramente basada en la equidad es algo más débil, de esa manera **el Juez no solo tomará en atención lo que ha ocurrido en un caso, sino también prestará atención al efecto de las normas que cree para casos futuros.** Este tipo de argumento protege el interés de una productividad aumentada, ya que las personas que pueden ser afectadas por la decisión de los tribunales no son partes del caso y probablemente ni siquiera estén en el tema general de las cuestiones tratadas en el caso. Es el caso de intereses difusos, por ejemplo, de futuros consumidores o de futuros productores. **El Juez en su decisión es el representante de estos intereses futuros.**

La primera línea de investigación es **determinar si los jueces toman una perspectiva ex ante o ex post en el análisis de las cuestiones ante si.** La decisión que tomen **dependerá en parte en la extensión de que puedan apreciar como el sistema económico cree nuevas ganancias y nuevas pérdidas.** Aquellos que no puedan prever o percibir esta situación probablemente solo hagan un análisis puramente ex post del caso. En los casos de los fallos de la Corte

Suprema la decisión ex ante es generalmente más evidente y también más necesaria.

2) 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 como 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. Esta es una norma general, si, por ejemplo, yo escribo una opinión tediosa que es más costosa para leer, es probable que menos personas la lean, y así en muchos aspectos. 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 y el 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 aún cuando los cambios de precios sean muy grandes no tendrán un gran efecto en el comportamiento. Es el caso del aumento impositivo de una sola vez, los consumidores pagarán ese tributo pero continuarán consumiendo el mismo bien a pesar de ese impuesto, si se aumenta el impuesto a las patentes de los automotores a un monto muy importante pero por una sola vez, probablemente el mercado de los automotores no variará en el mediano plazo. Estos son argumentos económicos muy sencillos, pero muchas veces en la dinámica del litigio los efectos marginales no son evidentes para los jueces y, a veces, tampoco para las partes. Es más sencillo para un tribunal observar los efectos promedio y no en el margen en el cual se están llevando las operaciones.

Cuando un tribunal no observa los efectos marginales, hace que sus decisiones que establecen una nueva norma, tengan consecuencias inesperadas o perversas. De la misma manera que un organismo regulador debe prestar atención a los efectos marginales de sus reglamentaciones, el juez no puede ignorarlos. Muchas veces los efectos marginales son sutiles, por ejemplo si una decisión obliga a las partes a llegar a un acuerdo entre ellas para limitar los efectos de la decisión, esto puede causar necesariamente mayores pérdidas. Supongamos una prohibición que priva al fabricante a vender dos productos diferentes de manera asociada, un producto que tenga mayor prestigio en el mercado asociado con otro producto para favorecer el consumo de este último. Esa prohibición puede llevar a los productores a rediseñar el producto de tal manera que el nuevo producto tenga elementos de las dos, esto puede llevar a que se pueda obviar la decisión judicial y al mismo tiempo crear una solución más costosa. Si se reglamenta el precio de un servicio puede tener

consecuencias que negativas, por ejemplo, si se regula el precio de un pasaje de avión, ya sea a la alta o a la baja. Si es a la alta se aumentará las competencias entre las compañías obligando a dar un mejor servicio para atraer a los clientes, si es a la baja es probable que algunos otros servicios que normalmente se prestan ahora se cobren, y a veces la sustitución marginal pueda eliminar los beneficios. Ronald Coase nos ha mostrado que hay medios sustitutivos prácticamente para todas las situaciones. En la medida que las personas puedan negociar a través de costos de transacción bajos y adaptarse a las normas existentes irán ajustándose y sustituyendo hasta que establezcan una situación que es la que hubiera existido en la ausencia de regulación. El riesgo es que una vez iniciada la reglamentación para controlar los aspectos de la industria, termina intentando controlarlos todos. De lo contrario los sujetos de la reglamentación podrán evitarla a través de la negociación.

Los elementos impuesto legalmente a un contrato generalmente se reflejan en los dos contratantes, y no solamente al que se quiso controlar. Si un tribunal establece un mayor costo en la seguridad de un buque los propietarios reducirán los salarios, tratarán de sustituir bienes de capital por el trabajo o finalmente aumentarán los precios. En cualquiera de estas circunstancias finalmente los trabajadores puede ser reemplazados por operadores de otro país. Si la reglamentación es muy amplia finalmente las personas viajarán menos en buque. Los beneficiarios de la reglamentación finalmente pueden verse perjudicados por ella. Es decir que un Juez debe conocer los efectos de los incentivos que crea y analizar las consecuencias de los efectos marginales en su mecanismo de toma de decisiones. Por lo tanto, se debe determinar de que manera los Jueces puedan conocer como sus sentencias afectan los incentivos marginales. La manera como los Jueces observan a la situación marginal, depende en gran medida de si comprenden de que manera las personas pueden sustituir un producto por otro.

3) ¿Porque 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, entonces intenta descubrir que es lo que resolvieron y que 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.*) Un Juez entonces aplica el acuerdo como un agente fiel aunque podamos suponer que no tenga mucho entusiasmo, y si se le consultara sobre la extensión de este acuerdo no intentará extenderlo a otros casos. Si hay omisiones en la norma esto indica que este acuerdo no las incluye y esas cuestiones fueron dejadas para el futuro. Digamos que lo omitido en ese acuerdo, en ese contrato político acordado por el Congreso señala que los contratantes no estuvieron de acuerdo o que una parte no quiso pagar el “precio” necesario para obtener un resultado positivo. Puede ocurrir también que las partes que negociaron este acuerdo dejaron el tema para que los tribunales lo resolvieran, aunque esto también es un acuerdo entre las partes que debe ser demostrado y no presumido.

Lo que en este tipo de **ley contrato** las partes no resolvieron los tribunales no deben resolver tampoco. El tratamiento correcto de las leyes en el que han participado sectores de interés, depende de la manera en que han sido sancionadas y cuales son sus objetivos. Un Juez no debe intentar reordenar las relaciones económicas sobre la base de norma ambigua sin antes resolver la cuestión que ha caracterizado ese pacto legislativo. Si una norma ha sido designada para superar una falla en el mercado y para reemplazar los problemas producidos por una conducta desviada de los actores económicos, a través de lo que podríamos llamar la racionalidad ordenada del sector público, entonces tendría algún sentido utilizar una visión amplia en la interpretación de la ley. Pero si por el contrario, las normas están diseñadas para reemplazar los resultados de las transacciones privadas estableciendo una situación monopólica u oligopólica, es decir, la transferencia de rentas de una actividad productiva a un grupo privilegiado, entonces los jueces deben tomar una visión más estricta en la interpretación de la norma y tener una visión de la ley como un contrato entre sectores de interés.

Una de las características del pensamiento económico es **determinar que muchas normas han sido establecidas para servir a los intereses privados antes que a los intereses públicos**. La gente pide normas de la misma manera que puede demandar cualquier producto, y de la misma que en los demás productos, alguna gente lo reclama de una manera más efectiva que otros. Las normas que benefician al público en general son difíciles de sancionar porque nadie puede obtener algún beneficio en llevar adelante el *lobby* para sancionar o preservar esas normas. **Grupos menores más cohesionados son mucho más efectivos como grupos de poder**. Estos grupos pueden obtener una mayor proporción de los beneficios de las normas dirigidas a asistir a personas que tienen características en común y por lo tanto obtendrán una mayor cantidad de dinero y al mismo tiempo harán una campaña más efectiva para obtener la

legislación que requieran. De esta manera el lobby del tabaco no es grande pero es muy efectivo y puede obtener subsidios. Los grupos cohesionados y pequeños pueden obtener para sí mismos beneficios al restringir la competencia y apropiarse de rentas con mayor facilidad, que si intentarían obtener normas que aseguraran bienestar general. Por lo tanto, debemos esperar que **los programas de regulación económica tiendan a beneficiar al grupo regulado**. Podemos decir que estos grupos son de alguna forma propietarios de la reglamentación. Existe evidencia empírica que demuestra que los programas de regulación de la economía aumentan los precios a los consumidores y también aumentan los beneficios de los productores que están dentro del programa de reglamentación. Toda reglamentación de la economía significa una transferencia de recursos y es primordial demostrar cuales son los beneficiarios finales de la regulación.

La pregunta es determinar como un tribunal debe decidir frente a una norma en particular si esta defiende el interés general o defiende el interés particular. Algunas normas son claras, por ejemplo los artículos del Código Penal que sancionan el homicidio son claramente normas de interés general, mientras otras como los subsidios al tabaco son normas de interés particular. Pero habitualmente existe una confusión de objetivos, en gran medida porque el Congreso tiene muchos integrantes y cada uno con intereses y principios diferentes, y parte del proceso de compromiso legislativo incluye que dentro de una misma norma aparezcan principios que son de interés general y también principios o reglas que defienden intereses particulares.

Una manera de percibir el problema es preguntarse si la norma es específica o general. **Cuanto más detallada es la ley, existe una mayor evidencia que los grupos de interés han participado en su redacción y de esta manera se les quita libertad a los jueces para decidir**. Las normas de interés general, por otra parte, conceden una mayor discreción a los tribunales y en algunos temas más generales la capacidad del Juez como decisor se ve ampliada. En las normas de interés general los legisladores han concedido una mayor discreción a los jueces y en cambio en las normas que reflejan intereses particulares los legisladores, o reguladores administrativos, han actuado de una manera que limite al Poder Judicial la capacidad de controlar los subsidios que se conceden.

Otra visión es la de observar **indicios en legislación que denote la búsqueda de rentas. Estas son generalmente limitaciones al ingreso dentro de una misma actividad por nuevos interesados, los subsidios que se conceden a un grupo económico a expensas de otro, las limitaciones para la libertad de contratar estableciéndose ciertos requisitos legales**. Un tribunal que analice este tipo de normas no debe considerar esta legislación como unas normas de interés general y por lo tanto debe aplicar un nivel de

escrutinio mayor. La actividad judicial para intervenir en este tipo de la legislación estará influida por la visión que tenga el Juez sobre las fuentes y límites de la legislación. Un Juez que considera que los mercados pueden tener imperfecciones y que la acción de los funcionarios del gobierno pueden corregir esas imperfecciones resolverá la cuestión de una manera diferente del Juez que considere que la legislación muchas veces es producto de una lucha entre grupos de interés diferente para apropiarse de los beneficios producidos por otras personas.

Existe también una tercera visión que es la que **el Juez se pregunte ¿quién hizo lobby para obtener esta legislación?** Que acuerdos fueron obtenidos durante la negociación de esta legislación, ya sea en forma pública, en el recinto digamos, o en forma privada. **¿Quién solicitó y quién concedió y qué fue lo negociado?** Conocer cuáles fueron las partes en el acuerdo o se opusieron a él, provee información útil a la decisión del caso. De la misma manera que provee información para la interpretación de la norma, saber cuales fueron las bases del conflicto entre grupos de intereses antagónicos. Una ley en la cual dos grupos que buscan rentas se enfrentaron hasta llegar a un punto en que no había un acuerdo posible, dejando cada uno de ellos insatisfecho, y a ambos incapaces de obtener una ventaja mayor, es diferente de una ley en la cual no hubo enfrentamiento entre grupos de interés opuestos, en la cual solamente un grupo de interés pudo, sin oposición, imponer su voluntad frente a los legisladores o administradores. Cuanto más cercana esté la disputa a las potencias relativas de las partes y cuanto mayor sea la cantidad de sectores que busquen beneficiar sus propios intereses antes que el interés general ampliamente definido, es más correcto considerar a la ley como un contrato y no darles a las partes en una sentencia amplia, una ventaja adicional que no pudieron lograr durante la negociación que dio lugar a la norma. Esta norma tiene la forma de un contrato entre grupos de intereses diversos que llegaron a un acuerdo dentro de la legislación, la función del tribunal será completar cuestiones menores pero no variar los contenidos establecidos y sobre todo no establecer el precio o cantidad final del bien.

Ninguna ley tiene un origen común. **Los legisladores no son autómatas manipulados por un grupo de interés, tienen sus propios objetivos,** la mayor parte de las normas son compromisos de un grupo de interés solamente en parte y la pregunta fundamental es: ¿en qué parte de la norma los grupos de interés han obtenido un beneficio? Algunas normas están diseñadas para establecer principios éticos antes que para influir conductas económicas y estas normas no pueden ser analizadas en un continuo entre el interés público y el interés privado. Las normas pueden surgir de una negociación muy debatida y muy compleja y también tener beneficios netos para el público en general, porque el centro del compromiso sea delegar la

cuestión a los tribunales. Pero al mismo tiempo, hay normas sin una historia clara de negociación y pueden significar una simple transferencia de rentas de un grupo a otro. En estos casos y particularmente si las normas sobreviven por un período dilatado de tiempo, es correcto inferir que esa era la base de un plan original por parte de un grupo de interés. Es decir, un tribunal debe analizar cual fue la base de negociación que existió para que se aprobara una ley, pero no debe limitarse a ello. Debe también analizar las consecuencias de esa norma en la sociedad.

Situación constitucional de los grupos de interés.

Sin duda los jueces perciben que las normas tienen el apoyo de los grupos de interés, nadie llega a su alta posición siendo un ingenuo. Ya en la Constitución que establece el derecho constitucional de petionar, supone que existirá legislación que refleje intereses particulares y que haya grupos de interés que hagan campaña para sostener y defender sus intereses particulares. En este sentido lo que podríamos llamar la economía de la legislación es una aplicación de la vieja doctrina sostenida por Adam Smith. **Smith percibió que el mercantilismo tenía como objetivo proteger intereses particulares monopólicos.** De la misma manera lo percibió Belgrano en la *Representación de los Hacendados* y fundamentalmente Alberdi en el Sistema Económico y Rentístico.

La libertad o derecho de petición, es una salvaguardia de la producción económica, pues ella ofrece el camino de obtener la ejecución de la ley, que protege el capital, la tierra y el trabajo, sin cuya seguridad la riqueza carece de estímulo y la producción de objeto.⁸³

Para destruir la obra del antiguo derecho colonial, que hizo de nuestro comercio un monopolio de la España, la Constitución argentina ha convertido en derecho público y fundamental de todos los habitantes de la Confederación el de ejercer el comercio y la navegación. Todos tienen el derecho de navegar y comerciar, según el art. 14.

Y para que la libertad de navegación y comercio, declarada en principio constitucional, no corra el riesgo de verse derogada por reglamentos dictados involuntariamente por la rutina que gobierna las nociones económicas de todo legislador ex colono, la Constitución ha tenido el acierto de sancionar expresamente las demás libertades auxiliares y sostenedoras de la libertad de comercio y de navegación.

El derecho de comerciar y navegar ha sido y podía ser atacado por excepciones que excluyesen de su ejercicio a los extranjeros. También por restricciones excepcionales puestas a la libertad de salir y de entrar, de permanecer y de circular en el territorio, que no es más que un accesorio importantísimo de la libertad comercial.

Los medios ordinarios de estímulo que emplea el sistema llamado protector o proteccionista, y que consisten en la prohibición de importar ciertos productos, en los monopolios indefinidos concedidos a

⁸³ Alberdi, Sistema Económico y Rentístico. *Editorial Luz del Día*. 1954.

determinadas fabricaciones y en la imposición de fuertes derechos de aduanas, son vedados de todo punto por la Constitución argentina, como atentatorios de la libertad que ella garantiza a todas las industrias del modo más amplio y leal, como trabas inconstitucionales opuestas a la libertad de los consumos privados, y, sobre todo, como ruinosas de las mismas fabricaciones nacionales, que se trata de hacer nacer y progresar. Semejantes medios son la protección dada a la estupidez y a la pereza, el más torpe de los privilegios.

Abstenerse de su empleo, estorbarlo en todas las tentativas legislativas para introducirlo, promover la derogación de la multitud infinita de leyes proteccionistas que nos ha legado el antiguo régimen colonial, son otros medios que la Constitución da al Estado para intervenir de un modo negativo, pero efficacísimo, a favor de la industria fabril de la República Argentina.

Se puede decir que en este ramo toda la obra del legislador y del estadista está reducida a proteger las manufacturas nacionales, menos por la sanción de nuevas leyes, que por la derogación de las que existen. Derogar con tino y sistema nuestro derecho colonial fabril, es el modo de introducir la lógica y la armonía entre la Constitución sancionada y nuestra legislación industrial, que, mientras esté vigente, mantendrá como en encantamiento a la Constitución, señora del país de las ideas, en tanto que las leyes coloniales conservan el señorío de los hechos.

Tal es la obligación política que nace del artículo 28, que dice: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por leyes que reglamenten su ejercicio”. Este artículo habla de las leyes pasadas, lo mismo que de las leyes futuras: a las unas les prohíbe nacer, a las otras les ordena desaparecer. Lo que quiere es que no haya leyes, viejas o nuevas, que alteren los principios, garantías y derechos constitucionales con motivo de reglamentar u organizar su ejercicio.

Desde aquella época tan lejana los debates sobre tarifas, aranceles, cuotas y privilegios tributarios han puesto a los grupos de interés en el centro de la actividad legislativa. Por lo tanto, el argumento central es determinar la manera en que los jueces pueden de forma ordenada y permanente analizar las normas sobre la base de los grupos de interés que han influido en su origen. Es decir los jueces deben estar alertas a la naturaleza de intereses privados que establece la legislación y al mismo tiempo utilizar reglas interpretativas apropiadas para reconocerlos.

Existen entonces tres principios, **el análisis ex ante, la valoración de los efectos marginales y la consideración de la naturaleza de la legislación por la influencia de los grupos de interés. Esto tiene consecuencias en todos los litigios.** No son únicamente cuestiones que se refieran a temas tradicionalmente económicos. Los bienes sustitutivos incluyen temas procesales, si el Juez analiza las normas de derecho procesal son extremadamente complejas y las partes para

obviar sus costos prefieran utilizar medios alternativos. La visión de la Corte sobre la fuente de legislación influirá en su visión sobre el litigio. Si las normas son acuerdos entre intereses especiales o entre grupos de interés deberán ser aplicados como contratos. En este caso, el cumplimiento de la ley contrato afecta a un número mayor de personas que se ven afectados por un acuerdo en el cual no son partes. Por otra parte acuerdos en contrario a la competencia establecidos en la legislación serán objeto de ataque en litigios bajo las normas de defensa de la competencia. **La deferencia que se le da a la norma que corrige errores de mercados no se le debe a la norma que crea la falla de mercado.**

La Corte Suprema en el margen.

Los márgenes y los promedios.

Los esfuerzos que puede hacer un tribunal para influir la conducta futura no tendrían éxito a menos que se aprecien como funcionan los incentivos. Las personas buscan los efectos marginales antes que los efectos promedio. Sustituyen entre oportunidades hasta que reciban aproximadamente la misma recompensa por cada una de sus actividades, ya sea que compren o que hagan. Compran o hacen un poco más de algo o un poco menos de alguna otra cosa, hasta que ya no sea necesario hacer cambios en el futuro. En ese punto las ganancias marginales para cada actividad son aproximadamente las mismas. **Si hay un cambio en los beneficios en el margen las personas cambiarán su actividad.** Un cambio de los beneficios dentro del margen y las personas probablemente no alteren su comportamiento de la manera que se espera. Esto es evidente en casos en los cuales se supone que una retribución es suficiente y que no debería proveerse más de lo suficiente. Es una visión basada en la idea del beneficio promedio, es decir, si se establece que un tipo de recompensa es suficiente y por lo tanto justa, pero no es la recompensa marginal el resultado es que la persona que se ve privada de beneficios va a tratar de buscar una actividad alternativa o sustitutiva.

El caso *Bacchus Imports, Ltd., v. Dias*, 468 U.S. 263 (1984)

En este caso ante la Corte Suprema de Estados Unidos, se debatía un impuesto del 20% que el Estado de Hawai establecía al precio de las bebidas alcohólicas, pero excluía las bebidas producidas tradicionales en el Estado de Hawai como era el caso de una forma de vino producido por frutas. Frente a la demanda por discriminación basada en la cláusula comercial el Estado sostuvo que las bebidas hawaianas no dañaban a los productores de otros licores demasiado. Sostenían que nadie hacía ese tipo de bebidas tradicionales fuera del Estado de Hawai y que las bebidas exentas eran menos del 1% de todas las bebidas alcohólicas vendidas en el Estado. La Corte Suprema

consideró esta argumentación irrelevante, señaló que siempre existe la sustitución entre las bebidas alcohólicas porque lo que es consumido en cada una de ellas es justamente lo que tienen en común que es alcohol. Por lo tanto, la exención impositiva que reducía el precio de los productos hawaianos con relación a otros productos dañaba a otros productos fuera del Estado. La demanda nacional por estos productos variaría también el precio. Aunque el daño no fuera grande, la dirección del efecto podía ser conocida con certeza.

Sustitución y regulación.

Una implicancia de la sustitución en el margen es que las empresas alterarán su conducta para evitar los efectos de la reglamentación. Si se restringe el precio que cobran las empresas pueden cambiar la calidad de lo que venden, diferir la entrega a través de lo que podemos llamar una forma de racionamiento o de espera o hacer muchísimos otros ajustes. La agencia regulatoria debe controlar más y más con el objetivo de obtener el efecto deseado. La Corte puede responder a esto negando a las organismos gubernamentales la autoridad para regular nuevamente a estas respuestas a la reglamentación y puede justificar el rechazo por la negativa de los efectos en la primera etapa de la reglamentación. También puede hacer esto analizando la reglamentación como una negociación de un grupo de interés en el cual aparecen lagunas que son tan importantes como las decisiones fundamentales. La primera respuesta ha sido la más común en la que los tribunales no prestan atención a la acción de las empresas reguladas. Si el tribunal considera sin embargo que el Congreso entendió que el programa de reglamentación debería tener efectos concretos puede permitir que los reguladores consideren las evasiones. A veces una oficina gubernamental tiene la competencia de negar una licencia para actuar o iniciar un servicio. Esta capacidad le dará la posibilidad de asociar la entrega de la autorización si la empresa regulada acepta las condiciones que se le imponen. La administración puede usar esta competencia para obtener la adhesión a comportamientos por parte de la empresa que no podría solicitar basado en la autoridad que le ha dado la legislación. Esta facultad de condicionar la aprobación de una licencia para actuar está limitada por las respuestas particulares de las empresas a esta forma de ultimátum. El principio en este caso es que la reglamentación se debe extender hasta incluir todos los sustitutos en el margen, de lo contrario aparece lo que podríamos llamar el corolario de este principio, que es que si no se puede regular la actividad completamente es preferible no regularla en absoluto.

