

“Relaciones entre el pensamiento constitucional y la economía”

por el Prof. Invitado Jorge Reinaldo Vanossi

La dinámica del ordenamiento estatal supone gastos y recursos. Los recursos son los medios de existencia del Estado: no es posible concebirlo sin ellos. En síntesis, así es el pensamiento de Alberdi:

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

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

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

Como se puede comprobar cuando se examinan sentencias importantes (por la sustancia o contenido de la materia sometida a decisión) y,

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

con igual evidencia en presencia de los “*leading cases*”, nuestra Corte Suprema ha evaluado y ponderado el peso y gravitación de los datos provenientes del plano económico en las más variadas situaciones. Tanto las normales cuanto las de emergencia o crisis que afectan con limitaciones transitorias el ejercicio pleno de ciertos derechos.

No es superfluo rescatar que en innumerables sentencias, la Corte Suprema de Justicia de la nación ha hecho uso –en sus fundamentos- de líneas argumentales que han abarcado la debida ponderación de los datos provenientes de la situación económica y financiera reinante en cada momento histórico, sin incurrir por ello en exageraciones de ningún tipo. Tales fallos pudieron ser pasibles de crítica o discrepancia, en su tiempo y aún ahora, al cabo de muchos ciclos de evolución o involución económica, de crisis y estados emergenciales, de acudimiento a la protección de sectores sufrientes de fuerte riesgo, etc. El lenguaje ha variado según las circunstancias; lo que no impide reconocer un “hilo conductor” que luce a través de expresiones tomadas del propio articulado de la Constitución Nacional, de su Preámbulo enunciativo de fines permanentes, de doctrinas o jurisprudencia de otros tribunales (como la Suprema Corte de USA), o de creación propia del intelecto y el talento de los mismos componentes de la Corte argentina.¹

¹ - Fallos 179:113, caso Quinteros (1937), al “bien común”.

- Fallos 201:432, Cía. Eléctrica de Corrientes (1945) al Estado como “agente o custodio” del bien común.

- Fallos 243:98 (1959) y 267:247 (1967), casos Larralde y de Milo respectivamente, a la concepción de los impuestos más allá de la finalidad puramente fiscal.

- Fallos 199:483 (1944), caso Inchauspe, a la tutela de los “intereses económicos de la colectividad”.

- Fallos 254:56 (1982), caso Font, al descartar la existencia de “derechos absolutos”.

- Fallos 243:467 (1959), caso A. Russo, al invocar un poder de policía de la emergencia.

- Fallos 248:157; 252:117; 255:330; y otros, al promover “el progreso económico del país”.

- Fallos 172:29 (1934), famoso *leasing case* Avico c/ De La Pesa, al hacerse cargo de la nueva actitud del Estado ante las secuelas de la gran crisis de los años treinta.

- Fallos 246:345 (1960), caso Prattico, al incorporar la doctrina norteamericana de la “libertad contra la opresión” en materia salarial.

- Fallos 142:80 (1924), caso Cornú c/ Ronco, al armonizar la “iniciativa privada” con el “interés general”.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

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

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

A partir del caso "Colalillo contra la Compañía de Seguros España y Río de la Plata", el 18 de septiembre de 1957, la Corte ha hecho bastante acopio de estas consideraciones.

A esta precisión de la Corte Suprema se puede unir la tan reiterada doctrina del mismo Tribunal, según la cual las situaciones sometidas a examen de los jueces deben ser calificadas y resueltas en consonancia con la realidad de sus contenidos como fiel reflejo de la sustancia en que se apoyan, con

-
- Fallos 171:243 (1934), caso Cía. Swift, al poner coto a los abusos del capital sin control.
 - Fallos 249:292 (1961), caso Bco. Nación c/ Prov. de Córdoba, al justificar la política impositiva como herramienta del planeamiento.
 - Fallos 250:46 (1961) , caso Roldán; Fallos 252:158, caso Mata; y otros, al evitar la antinomia entre el éxito económico empresarial y un eventual trato inequitativo a los trabajadores.
 - Fallos 241:291 (1958) caso Kot (amparo) al reconocer el uso y abuso de poder por parte de los grupos intermedios.
 - Fallos 251:526 (1961) y Fallos 254:62 (1962) al proclamar la "facultad de encauzamiento" de los conflictos sociales por parte del poder público.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

prescindencia de la denominación o de la terminología que convencionalmente le asignen la parte o las partes intervinientes en la controversia sub examine. O sea, que para la Corte lo que vale es lo que es; no vale lo que se simula o lo que parece ser (“recordar”, el caso “Deltec” y sus remisiones a otros precedentes jurisprudenciales).

Más aun, la Corte ha extendido ese sabio criterio a los supuestos en que esté en juego el mismísimo lenguaje empleado por el legislador con motivo de la sanción de normas. Así, en el caso “Chicoris y otros”, ha señalado que “el Poder Judicial está facultado para determinar el carácter de la norma, cualquiera hubiese sido la denominación que le hubiere dado el legislador, con el fin de establecer si, so pretexto de aclarar, se afectaban derechos legítimamente adquiridos bajo el amparo de la ley anterior”. (Fallos 311:2073).

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

Cabe señalar que al referirnos a la doctrina de la “verdad jurídica objetiva” hemos remarcado el pensamiento de la Corte en el sentido de que no se puede prescindir de las “consecuencias” de un fallo judicial, conectando ello con la doctrina de la “razonabilidad”.

Otra aplicación doctrinaria que la Corte Suprema ha desarrollado en la misma dirección que la de la búsqueda de la “verdad jurídica objetiva”, es la

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

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

Pese a ello, los errores se repiten.

Los párrafos siguientes pueden ser tomados como un “epítome”, o sea, el resumen o compendio de una reflexión extensa, que conduce después de muchas palabras, a repetir o remarcar las primeras con el afán de alcanzar una mayor claridad. Veamos el intento. El denominado “análisis económico del Derecho” constituye –en última instancia- una doctrina política, con asiento en fuertes compromisos con un modelo de relaciones entre el individuo, el Estado y la Sociedad que encuentra fundamentos en las vertientes de la filosofía política del “dejar hacer, dejar pasar”. Si bien el abstencionismo de los roles del sector público es manifiesto en la exposición de tal “análisis”, no llega a tanto como para no reclamar la reversión de la dejación estatal cuando están en el “climax” –es decir, en el punto más alto en la gradación- de correr peligro el mantenimiento incólume de las reglas del juego del axioma según el cual “el mejor estado es el menor estado”.

Parece difícil imaginar que el “enfoque” del análisis económico del Derecho (*Law and Economic*) pueda erigirse en una “teoría general del Derecho y del Estado”, en sustitución de las ya conocidas y que encuentran su base no en un mero plexo jurídico de andamiaje de una realidad concreta y circunscripta sino en una amplia y generalizada cosmovisión que marca la impronta de una era de la Historia: la del Estado de Derecho, constitucional y

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

democrático. También parece poco convincente que la explicación de dos orientaciones separadas –la “ortodoxa” y la “reformista”- en el ámbito del análisis económico del Derecho, pueda cobijar a ambas en un mismo espacio doctrinario, ya que entre una y otra tan sólo comparten como un común denominador, el enfoque “economicista” de la visión de los fenómenos sociales.

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

No creemos que responda a tan sólo la casualidad el hecho de que la onda expansiva del enfoque doctrinario del análisis económico del Derecho sea más intensa en algunos países anglosajones regidos por la atmósfera jurídica del “*common law*”, en contraste con un eco de menores decibeles que se perciben los sistemas de derecho continental europeo, teniendo presente que el mensaje y el metamensaje del “economismo” (nombre de la doctrina que concede a los factores económicos primacía sobre los de otra índole – DRAE), están perfectamente dirigidos a las posiciones que tomen los legisladores y los jueces en sus respectivas decisiones.

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

El entusiasmo que se ponga en la utilización de esta valiosa linterna ayudará a encontrar o corregir el camino teleológicamente fijado; pero no sería correcto trasponer esos objetos válidos dentro de un aparataje metodológico plural y variado, si se propusiera el extremismo de la anulación del sistema normativo o su reducción a simple escudero de pretensiones económicas

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

sectoriales con la consiguiente sepultura de las metas del interés general: una desviación así importaría la malversación normativa, o sería algo colindante con la propuesta “abolicionista” que idealiza la implantación de un eventual derecho penal sin penas (con la ilusión de otros medios “correctivos”). Si así fuera, el elenco de los “fans” del AED dejaría el ropaje de una “escuela”, para convertirse en una secta, al tirar por la borda la visión amplificada e interrelacionada de todos los agentes actuantes y quedarse en el estrecho y obtuso confín de un cálculo de beneficios, que pueden quizás concretarse o acaso frustrarse. La unidimensionalidad es como apostar a todo o nada; olvidando que el Derecho está vigilado y orientado por la Justicia. Prefiero la imprecisión de las definiciones antes que la ausencia o remoción de los valores.

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

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

Acaso esas mismas u otras y más duras dificultades hayan inspirado a Pico de la Mirándola y a Marcilio Ficino a pergeñar como divisa de la

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

Academia del Renacimiento: “*De omni re scibili, in quibusdam all'*”: de todas las cosas que pueden saberse y de algunas otras.

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

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

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

Es necesaria la formulación de algunas reflexiones adicionales:

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

2) Al mercado lo impulsan fuerzas y se desenvuelve en un marco legal. No actúa de *legibus solutus*, pues el ordenamiento jurídico es el que traza “las reglas del juego”. La actividad y el movimiento marcatorios no se autorregulan al punto de podérselos considerar esferas “soberanas” y, en muchos casos, requieren de una nueva dosis de regulación normativa por resultar insuficiente o insatisfactorio el intento de su auto-corrección.

3) El Estado tiene sus límites regulatorios (Art. 28 C.N.), pero su vigor presencial encuentra justificación cuando las normas se dictan con miras a asegurar dos piezas fundamentales: la competencia y la transparencia.

4) El cuadro normativo comprende un mínimo de dispositivos legales orientados a que se preserve el valor de la moneda (Art. 75, inc. 19 C.N.) y se provea a la productividad económica (ídem), todo ello con basamento en el

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

objetivo del “progreso económico” y con inspiración y orientación en el valor de la “justicia social” (ídem).

5) Así como el Derecho no puede divorciarse de los valores, pues siempre media y gravita una escala axiológica, del mismo modo la Economía – además de los condicionantes valorativos- mantiene fuertes relaciones determinadas en las sendas adoptadas en cada etapa de sus ciclos por las políticas monetarias y por la política fiscal.

6) Por más cálculo econométrico que se formule, el factor confianza (confiabilidad más credibilidad) resulta fuertemente determinante, siempre que no se dude de la fortaleza que brinda sustento a los datos de la medición de la “seguridad jurídica” reinante en un espacio determinado (regla de la calculabilidad o predictibilidad). Y esto demuestra que el sistema legal vigente vale y pesa por su estabilidad, su certidumbre y su accesibilidad: ni el comercio, ni la industria, ni la economía pueden prescindir del “*rule of law*” (como tampoco de la “seguridad personal” y de la “seguridad social”, que son hoy piezas inescindibles).

7) Es necio negar la jerarquía del Derecho en la vida social en general; pero es más absurdo aún querer prescindir de la fuerza motivadora que la normatividad ejerce sobre los comportamientos financieros –y, a la postre, sobre la actividad económica toda- cuando es una obviedad la comprobación del poder corrector que las reglas jurídicas ejercen para garantizar la libre competencia, la sana transparencia y, muy especialmente, para poner coto al “abuso del Derecho” (como también funge para evitar o reparar la “desviación de poder”). Si no existen derechos “absolutos”, tampoco tienen cabida “juegos financieros absolutos” que perviertan anárquicamente a todo el sistema y afecten gravemente el interés general. No se trata de negar o eliminar el mercado, sino de prevenir a tiempo que la anarquía del “todo vale” se traduzca en una dominación caprichosa de los operadores mercadistas sobre la Sociedad.

8) El derecho puede y debe contribuir a la fijación de regulaciones razonables que, sin alterar la sustancialidad de las libertades económicas, consigan abortar las pendientes o caídas de desestabilización y desequilibrio

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

que ponen en vilo a todo el régimen económico de producción, distribución y consumo, como así también a la financiación de sus operatorias. Como toda creación y manipulación bajo conducción humana, no hay dogma de la infalibilidad que hipotéticamente pudiera imponer la hegemonía del juego económico sobre el deber jurídico.

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

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

DECONOMI