



Lecturas de Cátedra

Introducción al análisis económico del derecho

Guillermo Celso Oglietti
Jorge César Paolinelli



EDITORIAL
UNRN

**INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO**

Lecturas de Cátedra

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Guillermo Celso Oglietti
Jorge César Paolinelli



**EDITORIAL
UNRN**



Utilice su escáner de
código QR para acceder
a la versión digital

Índice

Dedicatorias y agradecimientos	11
Prefacio	13
Capítulo 1	
Introducción.....	15
Capítulo 2	
El análisis económico del derecho	29
2. 1. Diferencias entre sistemas: derecho continental y derecho común	29
2. 2. Origen del análisis económico del derecho	33
2. 3. Objeto de estudio del análisis económico del derecho	40
2. 4. Eficiencia versus justicia	41
2. 4. 1. Eficiencia	41
2. 4. 2. Justicia	47
2. 5. Conclusión	53
Capítulo 3	
Análisis económico del derecho de propiedad (<i>property law</i>)	57
3. 1. Qué entendemos por derecho de propiedad	58
3. 2. Tipos de propiedad	61
3. 3. ¿Por qué existe la propiedad?	64
3. 4. Origen de la propiedad	66
3. 5. Evolución del derecho de propiedad	68
3. 6. Argumentos económicos y justificación del derecho de propiedad	73
3. 7. Beneficios sociales de la propiedad bajo un análisis microeconómico de utilidad	75
3. 7. 1. Teorema de Coase	76
3. 7. 2. Versión moderna del teorema de Coase: no neutralidad de la asignación del derecho	79
3. 7. 3. Coase y las ventajas del derecho de propiedad.....	80
3. 7. 4. La apropiación originaria (cláusula de Locke)	81
3. 8. Remedios o recomendaciones para el tribunal	87
3. 8. 1. Ejemplo de CT bajos	87
3. 8. 2. Ejemplo de CT altos	88
3. 9. La propiedad y la acumulación por desposesión	88
3. 10. La propiedad y el dominio en nuestro derecho	91
3. 10. 1. Caracteres	96

3. 10. 2. Derechos que surgen del dominio.....	99
3. 10. 3. Extensión del dominio.....	99
3. 10. 4. Las restricciones o límites al dominio.....	103
3. 10. 5. Naturaleza de las restricciones.....	104
3. 10. 6. Restricciones administrativas.....	105
3. 10. 7. Fuentes de las restricciones.....	107

Capítulo 4

Análisis económico del derecho de contratos (*contract law*) 111

4. 1. ¿Qué es un contrato?.....	111
4. 1. 1. Libertad.....	112
4. 1. 2. Efecto vinculante.....	112
4. 1. 3. Facultades de los jueces.....	113
4. 1. 4. Buena fe.....	113
4. 1. 5. Carácter de las normas legales.....	114
4. 1. 6. Prelación normativa.....	114
4. 1. 7. Integración del contrato.....	115
4. 2. Elementos de los contratos.....	115
4. 2. 1. Capacidad.....	115
4. 2. 2. Consentimiento.....	118
4. 2. 3. Objeto.....	127
4. 2. 4. Causa.....	129
4. 2. 5. Forma.....	129
4. 3. Clasificación.....	130
4. 3. 1. Unilaterales y bilaterales.....	130
4. 3. 2. Onerosos y gratuitos.....	131
4. 3. 3. Conmutativos y aleatorios.....	131
4. 3. 4. Formales y no formales.....	131
4. 3. 5. Nominados e innominados.....	132
4. 3. 6. Consensuales y reales.....	132
4. 3. 7. De ejecución instantánea y de tracto sucesivo.....	132
4. 4. Los contratos y el AED.....	133
4. 5. Causales de incumplimiento.....	136
4. 5. 1. Defectos de formación (<i>formation defenses</i>) al momento de celebrar el contrato.....	136
4. 6. Excusas de ejecución (<i>performance excuses</i>).....	146
4. 6. 1. Excusa de ejecución basada en la destrucción de propósito.....	150
4. 6. 2. Excusa de ejecución basada en la imposibilidad de cumplimiento.....	150
4. 6. 3. Excusa de ejecución basada en la impracticabilidad comercial.....	151
4. 7. Remediaciones.....	152
4. 7. 1. Remediaciones diseñadas por la corte.....	152

4. 7. 2. Remediaciones diseñadas por las partes	154
---	-----

Capítulo 5

Análisis económico del derecho penal (<i>criminal law</i>)	157
5. 1. Introducción.....	157
5. 2. Génesis del campo.....	158
5. 3. ¿Qué es un delito?.....	161
5. 4. La conducta y la gravedad del daño.....	164
5. 5. Naturaleza del perjuicio	165
5. 6. Los delitos y las personas jurídicas.....	168
5. 7. Teoría económica del crimen.....	176
5. 7. 1. ¿El castigo desalienta el crimen?	180
5. 7. 2. ¿Cuál es el castigo óptimo?	182
5. 8. Moral y delito.....	185
5. 9. Castigos.....	186
5. 9. 1. Prisión	186
5. 9. 2. Multas monetarias	188
5. 9. 3. Críticas al argumento máxima penalidad-mínima probabilidad.....	196

Capítulo 6

Análisis económico del derecho de daños (<i>tort law</i>).....	199
6. 1. Introducción.....	199
6. 2. El evento dañoso	205
6. 3. ¿Cómo se asigna la responsabilidad ante un daño?.....	207
6. 4. Compensación.....	209
6. 5. Objetivos del aed en el derecho de daños.....	210
6. 6. Presentación de las reglas de responsabilidad.....	211
6. 6. 1. No responsabilidad (<i>no liability</i>).....	212
6. 6. 2. Responsabilidad estricta (<i>strict liability</i>).....	213
6. 6. 3. Negligencia simple.....	213
6. 6. 4. Responsabilidad estricta con defensa de negligencia contribuyente de la víctima (<i>strict liability with defence of contributory negligence</i>)	213
6. 6. 5. Negligencia con defensa de negligencia contribuyente de la víctima (<i>negligence with defence of contributory negligence</i>).....	214
6. 6. 6. Negligencia comparativa.....	214
6. 6. 7. Responsabilidad por fallo en auxiliar (mal samaritano)	214
6. 7. Análisis de las reglas de responsabilidad.....	215
6. 8. ¿Cómo se define el óptimo social?	217
6. 9. Bienestar social y reglas de responsabilidad	219
6. 9. 1. No responsabilidad	219

6. 9. 2. Responsabilidad estricta	221
6. 9. 3. Negligencia simple.....	221
6. 9. 4. Responsabilidad estricta con defensa de negligencia contribuyente de la víctima	223
6. 9. 5. Negligencia con defensa de negligencia contribuyente de la víctima y negligencia comparativa	224
6. 10. Cuando no existe un diseño óptimo.....	224

Capítulo 7

Conclusiones 227

Listas de referencias 235

Autorías y colaboraciones..... 239

Dedicatorias y agradecimientos

Los autores desean dedicar este libro a quienes está dirigido: los alumnos universitarios de las ciencias económicas que realizan sus primeros pasos en el conocimiento de la economía y el derecho. Este trabajo no habría sido posible sin las contribuciones y el aliento de los alumnos de la asignatura Derecho y Economía de la Licenciatura en Economía de la Universidad Nacional de Río Negro. Tampoco habría sido posible sin el apoyo incondicional de las autoridades y compañeros de la Universidad Nacional de Río Negro, del Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Territorio, Economía y Sociedad y de la Escuela de Economía Administración y Turismo, en particular de sus directores, Tomás Guevara, Evelyn Colino y Martín Civitaresi. Asimismo, deseamos agradecer al rector de la Universidad, Lic. Juan Carlos Del Bello por su apoyo en esta tarea, y al equipo editorial de la Universidad que ha realizado un trabajo impecable.

Jorge Paolinelli

Para Flor, Santi, Pablo, Silvia y Vicky.

Particularmente quiero agradecer a Guillermo Oglietti, por el tiempo que dedicamos a discurrir sobre la eficiencia y la justicia, y sus mutuas interferencias, por las innumerables idas y vueltas, por la enorme cantidad de material escrito, que finalmente desechamos, y la apasionante búsqueda –aun inconclusa– de esa relación compleja y tortuosa entre lo justo y lo eficiente.

También quiero agradecer a mi familia y a los amigos de siempre, los que, pese a todo, e inclusive contra todo, siempre están.

Guillermo Oglietti

Para Lita, Vera, Valentina y Camila.

Como coautor de este trabajo, quiero expresar mi agradecimiento a Jorge Paolinelli, quien ha sido uno de los hallazgos más reconfortantes durante mis años de vida en la ciudad de Bariloche en el plano personal y profesional. Quisiera agradecer también a mi paciente familia, Valentina, Vera, Camila y Lita por tolerar la vida de nómada y dejarme compartir sus días. A mis grandes maestros, Jorge Hernández y Alfredo Serrano

Mancilla, por seguir dando cátedra de justicia en las aulas de economía y en la vida. A Celso. A Marcelo Oglietti y mis sobrinas. A mis amigos de todas partes y tiempos, Raymundo Galán, Marian Dondo, Florencia Vina, Santiago Polop, Martín Civitaressi, Nané, Ramon Giribet, Marc Bayés, Luis Huesca, Pep Pérez, Salvador y Mariano Reynot, Federico Rodríguez, Martín Paz, Karina Rodríguez, Sergio Martin Carrillo, Walter Geijo, Tuly Aulestia, Silvina Costantino, Francisco Aristimuño, Shirley Ampuero, Ezequiel Ríos, César Varela, Nico y Sofia Oliva. A mi familia política. A Josefina Reynot y Agustín Paz. A Rafael Correa, por enseñarme su obra y por Andrés Aráuz. A Carlos Marx Carrasco, Sebastián Carvajal, Guillermo Belmonte y Paola Hidalgo y Leonardo Orlando. A mis compañeros de CE-LAG, por hacer del trabajo serio algo placentero.

Prefacio

El libro *Introducción al análisis económico del derecho* condensa el trabajo realizado por los autores durante años de docencia e investigación en la Escuela de Economía, Administración y Turismo, y en el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Territorio, Economía y Sociedad (CIE-TES) de la Universidad Nacional de Río Negro.

El libro ofrece a los estudiantes una introducción actualizada de las principales herramientas conceptuales y de las aplicaciones de la ciencia económica en el derecho. La delimitación de los temas abordados –análisis económico y áreas del derecho, derechos de propiedad, de contratos, derechos penal y de daños–, las formas de indagación teórica –indagación guiada al delinear problemas a resolver, pero a la vez abierta, invitando al estudiantado al planteamiento de preguntas propias–, y las funciones didácticas de los múltiples ejemplos –leyes de regulación de alquileres en el mercado de bienes raíces, solo para mencionar uno– hacen de esta publicación un material pedagógico de gran valor para estudiantes de la Licenciatura en Economía y para personas interesadas en la relación entre la economía y el derecho.

La comprensión y conocimiento de estos temas es de enorme utilidad para los estudiantes de economía debido a la incidencia de las instituciones en el desempeño económico, como lo plantean diferentes autores desde el neoinstitucionalismo económico. Para aquellos que aborden el libro desde el derecho, les permitirá considerar a la economía como una ciencia auxiliar del derecho. Asimismo, las discusiones abordadas a lo largo de los capítulos son de relevancia para estudiantes o investigadores de otras disciplinas. Arquitectos y urbanistas encontrarán relevante la sección sobre derechos de propiedad y la función social de la propiedad; estudiantes de ciencias vinculadas al ambiente valorarán los planteamientos relacionados con las externalidades negativas del mal empleo de los recursos de uso común, para poner solo dos ejemplos. Es así como los autores logran un trabajo que refleja el interés por parte de diferentes disciplinas en los aportes de este libro.

Queda claro que no es solo un libro de texto universitario entendido como un instrumento portador de conocimiento e información. Al complementar el razonamiento jurídico con el análisis económico desde una perspectiva crítica, los autores abren nuevos debates y se ahondan en temáticas con relativamente poca difusión en la Argentina y que puede ser objeto de controversias. Una de ellas se asocia al rol preponderante de la teoría de los precios que lleva a lectores desprevenidos a descartar

el análisis económico del derecho. En ese sentido, Guillermo Oglietti y Jorge Paolinelli dejan claro que un debate valorable debe plantear la búsqueda de un balance entre la eficiencia y la justicia. En sus propias palabras, en el último párrafo del capítulo 2: «En conclusión, la realización de lo justo –como idea central del orden del derecho– y de la eficiencia –como sustento de la economía– deben encontrarse y potenciarse en la consolidación del bien común, ya que tanto una solución que se pretende justa pero ineficiente como una solución que se pretende eficiente pero injusta son contradicciones intolerables que se manifiestan como antinomias o paradojas».

La lectura de esta obra será apreciada, sin duda, por colegas y estudiantes tanto de la Universidad Nacional de Río Negro como de otros centros de formación universitaria. Desde la Escuela de Economía, Administración y Turismo celebramos la iniciativa de nuestros docentes de generar textos académicos donde plasmen los debates y aprendizajes generados en las cátedras y en las investigaciones, contribuyendo así de manera comprometida a la formación de nuestros estudiantes. Esperamos que docentes e investigadores sigan activos en el esfuerzo de vincular actividades tan complementarias como el trabajo investigativo y el de docencia.

H. Martín Civitaresi

Director de la Escuela de Economía, Administración y Turismo
Universidad Nacional de Río Negro - Sede Andina

Capítulo 1

Introducción

El análisis económico del derecho es un área de conocimiento de escasa difusión en nuestro país, y en Latinoamérica en general, a pesar del crecimiento explosivo que el área ha registrado globalmente, en términos de creación de *journals* especializados, artículos publicados y oferta de formación universitaria en el mundo anglosajón. Aunque –como sucede con cualquier conocimiento innovador– su difusión en los ambientes académicos es más veloz que la penetración que registra en la práctica profesional del derecho y la economía, esta disciplina aún no ha penetrado lo suficiente en las aulas del mundo no anglosajón.

Por eso esta obra –que comenzó a pergeñarse desde las aulas de la Universidad Nacional de Río Negro con el propósito de poner al alcance de los estudiantes de la Licenciatura en Economía los conocimientos básicos de esta disciplina– es, en definitiva, un libro destinado a transformarse en material de estudio de los alumnos de la asignatura de Derecho.

Las obras de Guido Calabresi, Richard Posner y de los laureados con el premio Nobel de Economía Gary Becker y Ronald Coase son consideradas las piedras basales de este campo del conocimiento de la teoría del derecho, que consiste en aplicar herramientas del análisis económico al servicio de la teoría jurídica. La mayoría de estos autores pertenece a la raigambre ortodoxa del pensamiento económico. Si bien varios autores tienen perspectivas más ajustadas a la realidad e incorporan elementos como información limitada y racionalidad imperfecta, consideramos que este campo aún no ha sido penetrado con suficiente profundidad por percepciones heterodoxas de la economía que le aporten dosis más significativas de realidad en los supuestos y en el conocimiento de la dinámica económica.

La idea central de esta corriente se sustenta en que, para entender cabalmente las instituciones jurídicas, no bastan los conceptos de equidad y justicia. Por el contrario, deben considerarse además los efectos económicos que las diversas normas provocan en la comunidad, con intención o sin ella.

El propio concepto de justicia es más bien difuso y de compleja aprehensión para la teoría del derecho; en este marco, la ciencia económica puede aportar precisiones enriquecedoras. La proposición de que las normas jurídicas tienen consecuencias económicas que es conveniente conocer al diseñar la norma se sostiene en que estas crean costos y beneficios –en forma directa y visible o indirecta y oculta– que pueden

alterar la respuesta de los agentes, de forma tal que el resultado final de la aplicación de la reglamentación puede incluso atentar contra el objetivo fundamental que la inspiró.

Cuando un legislador, en el extremo inicial del proceso de formación de la ley, crea una norma y, cuando en el otro extremo, un juez la aplica dictando una sentencia, ambos están determinando y produciendo costos y beneficios que es necesario conocer para evaluar sus efectos, tanto distributivos como sobre la eficiencia.

El trascurso de creación y aplicación de una norma jurídica debería estar fundado en un proceso de debate político, transparente e informado, sobre el reparto social de cargas y beneficios que genera la norma. Este proceso, en consecuencia, debe consolidarse además como intergeneracionalmente responsable, justo y eficiente.

El debate legislativo sobre una norma concreta no necesariamente está inspirado en una idea única de bien común. El legislador puede desconocer este bien común, puede conocerlo y errar en el diseño legislativo, o puede conocerlo y no perseguirlo. Esto sucede porque en la negociación legislativa se plasman intereses que no necesariamente procuran el bien común, materializados en la forma de cabildeos sectoriales y corporativos de grupos económicos y financieros, presiones de *think tanks* y medios de comunicación concentrados –que influyen o manipulan la opinión pública y las redes de comunicación masivas– o de las agencias consulares que representan los intereses de naciones extranjeras y sus ciudadanos y empresas. Incluso el proceso legislativo puede estar influenciado por los intereses personales del legislador, que pueden no coincidir con el bien común.

Resulta elemental reconocer que, en la formación del derecho positivo, el legislador se encuentra con un material previo –independiente de él– que se manifiesta como muestra de los intereses precedentes y vivos en el grupo social de que se trate, representados por las posiciones de poder y privilegio de algún sector, por los intereses de clases, por las expresiones del poder, entre otros. De manera tal que el acto de creación y formación del derecho positivo puede ser objeto de manipulación, desviación y presión; incluso, como resultado de ello, puede sucumbir ante esta influencia y transformarse, en consecuencia, en una posición del poder y no en una posición del derecho.

La discusión legislativa no necesariamente se recuesta en un análisis basado en criterios de eficiencia y justicia. El acto de creación de normas jurídicas no está, en general, orientado exclusivamente a la realización del bien común, definido este en forma tanto consciente como inconsciente. Es aquí donde el análisis económico del derecho (AED) puede realizar un enorme aporte, dando al legislador benevolente y a la comunidad

las herramientas, elementos y argumentos necesarios para conocer con la mayor amplitud posible las diversas consecuencias, beneficiosas o perjudiciales, que la sanción de la norma puede traer aparejada a cada grupo social. Este aporte de la economía puede en principio enriquecer el debate político en el proceso creativo de la legislación.

Lo mismo cabe decir del dictado de una sentencia. El juez, conforme al aforismo *Iuranovit curia*, conoce y determina la norma aplicable al caso concreto.¹ Sin embargo, el AED le permite además meritar y sopesar las consecuencias, tanto meta como infrajurídicas, que subyacen en el caso sujeto a su jurisdicción, al otorgarle herramientas adecuadas a ese fin.

En este sentido, lo que el AED propone es utilizar el conocimiento y las técnicas de la ciencia económica para predecir, con la mayor precisión posible, las consecuencias que puedan generar las distintas alternativas jurídicas sobre una misma cuestión, de manera tal que la elección normativa recaiga en aquella que garantice la forma más eficiente, sin perjuicio de preservar la solución justa. «Sin la posibilidad de aprovechar los resultados de la ciencia económica, legisladores y jueces podrían provocar efectos no queridos, y a veces incluso contrarios a los buscados, que podrían ser fácilmente evitados apelando al conocimiento económico disponible» (Spector, 2004, p. 22).

Así, una propuesta del AED consiste en complementar el razonamiento jurídico con análisis económicos, ya que el efecto de las normas y demás conductas de contenido jurídico exceden en sus consecuencias el mero marco de la teoría del Derecho. Entonces, sus derivaciones deben ser analizadas a la luz de otros conocimientos –entre ellos la economía– para así poder evaluar con rigor los efectos que aquellas producen en la sociedad.²

En la práctica, el AED puede plasmarse en dos aportes genéricos. Por un lado, la forma normativa, que pretende aportar al diseño de normas

1 *Iuranovit curia* significa que el juez conoce el derecho y debe decidir el conflicto, conforme a las normas vigentes, eligiendo la más adecuada al caso y que mejor realice a la justicia, con prescindencia si fueron o no alegadas por las partes. Por jurisdicción se entiende la potestad que tiene el Estado para resolver los conflictos que se generan entre los particulares o entre estos y el Estado, mediante la aplicación del derecho. Esta palabra significa *decir el derecho* que corresponde aplicar para la resolución de la cuestión. Es una función que los Estados de derecho ponen en cabeza del órgano judicial, en consecuencia la jurisdicción es una función de los jueces.

2 En este sentido, por ejemplo, el extraordinario desarrollo que ha tenido en las últimas décadas el derecho de los usuarios y consumidores o las normas anti-monopólicas solo pueden lograr el fin que se proponen mediante la adecuada utilización del conocimiento que surge de la ciencia económica.

jurídicas que contribuyan a la eficiencia. Por el otro, la forma predictiva que intenta, sobre la base del conocimiento que aporta la ciencia económica, establecer cómo se comportarán los destinatarios de la norma, en su condición de agentes racionales, frente a los incentivos generados por el orden jurídico.

Este último aspecto es el que nos interesa desarrollar. Es decir, pretendemos analizar al orden jurídico desde el ángulo de la eficiencia en el logro del resultado que se busca. En este sentido, el análisis económico del derecho estudia el impacto de la legislación sobre la eficiencia y la equidad, y este conocimiento previo es un saber que permite al legislador mejorar el diseño de la normativa.

Antes de abordar el análisis particularizado de ciertos institutos jurídicos, corresponde detenerse en el posible conflicto entre el valor justicia –sustento del orden jurídico– y el de eficiencia –centro de la actividad económica.

En este sentido, el AED no pretende modificar ni suplantar el valor sobre el que se construye el orden jurídico, ya que descarnar al derecho de la justicia implica transformarlo en un mero orden del poder establecido, sin trascendencia ni redención alguna. Por el contrario, la consecución de la solución justa, para el caso concreto, puede lograrse desde distintos caminos y el AED puede permitirnos llegar a la justicia desde el planteo más eficiente. Que una solución sea justa para el jurista y óptima para la economía implica acceder al valor de la justicia al menor costo posible.

Para ejemplificar a que nos referimos, dediquemos unos minutos al siguiente ejercicio. A modo de ejemplo, imaginemos una mujer soltera madre de varios hijos que, por motivos de adicción, no puede atender adecuadamente. Carencias de las más diversas índoles le impiden ejercer correctamente su rol. Para nuestro caso, lo que importa es que unos niños que tienen madre se encuentran en virtual estado de abandono, tanto en lo relacionado a su desarrollo físico, como en lo referente a la constitución de su personalidad. Allí corresponde preguntarse cuál es el rol, la función, la responsabilidad que le atañe a la estructura jurídico-política que se dio la comunidad, es decir: ¿qué debe hacer el Estado? Dicho de otra manera, cabe preguntarse cuál es la respuesta justa que la comunidad debe dar frente a la situación de abandono, desidia o imposibilidad de ocupar con responsabilidad y consistencia el rol de madre, en una situación específica como la planteada.

El ejemplo elegido es complejo; la situación se tiñe de enormes claroscuros que impiden observar con nitidez la respuesta justa que en forma colectiva podemos dar a la situación descrita. Algunos pretenderán que la comunidad responda categóricamente por medio de castigos ejemplares hacia esa madre que, dominada por el vicio, pone en riesgo

el desarrollo y aun la vida de sus hijos. Otros intentarán detenerse en las limitaciones o restricciones de la madre, en consecuencia, ella también será considerada víctima de un sistema que impide, con cierta dosis de perversión, el adecuado desarrollo de su rol. Por su parte, otro sector querrá argumentar que la comunidad debe prestar atención al interés superior de los niños; en razón de ello, corresponde darles inmediata respuesta y contención a su estado de abandono, sin perjuicio de las sanciones que corresponda aplicar a la madre por irresponsabilidad. También podemos especular que, para otros, el Estado no debe hacer nada hasta la circunstancia en que la conducta de la madre configure un delito; es decir, el Estado tan solo debe observar el momento en que la simple desidia cruza el límite y se convierte en una conducta antijurídica que permite la acción de su fuerza represora. Del mismo modo, es posible especular que además habrá opiniones que planteen que no hay mejor lugar para los chicos que junto a sus padres. O que ante padres que anteponen sus propios intereses a los de los niños, corresponde privarlos de la patria potestad. O que el Estado es el único responsable de las miserias que viven los integrantes de la sociedad. En fin, las respuestas pueden multiplicarse por el número de personas que respondan.

Podemos extendernos en este ejercicio y plantearnos cuál es la solución correcta y justa ante el menor que comete un delito y, a partir de ello, discutir sobre la edad límite para la imputabilidad. O quizá nos interese detenernos en la sanción de la ley de matrimonio igualitario y discutir sobre el enorme avance en materia de derechos humanos y respeto a la libertad que significa el trato igualitario ante las diversas opciones sexuales que pueden asumir las individualidades que componen la sociedad; por su parte, otros harán énfasis en la claudicación y perversión que ello implica.

Desde otra perspectiva jurídica, podemos analizar los derechos reales y preguntarnos sobre la propiedad. Observaremos una enorme dispersión en las respuestas, que podrán ir desde la afirmación de que la propiedad es simplemente un robo hasta la de que es un derecho humano esencial.

O considerar los principios del derecho laboral, donde algunos afirmarán con fuerza y convicción que solo se trata de un pequeño –y quizá hasta insignificante– límite a la explotación a la que son sometidos cotidianamente los proletarios. Mientras otros, con la misma convicción, solo dirán que se trata de un mecanismo de generación de vagos que pretenden vivir del esfuerzo de otros.

Podemos continuar con este ejercicio hasta concluir finalmente que, ante cada caso concreto, nos vamos a encontrar con más de una opción y, en la mayor parte de ellos, con opciones contradictorias. Lo

grave es que cada opción pretende para sí la calidad de justa. Esto nos lleva a preguntarnos si resulta posible encontrar una respuesta justa para un caso concreto o simplemente se trata de una mera ilusión, carente de resultados.

La importancia de esta pregunta reside en saber si efectivamente es el valor justicia el que debe orientar el orden jurídico o, por el contrario, la pretensión de que la justicia oriente al derecho es simplemente una ideología encubierta que pretende justificar las diversas posiciones de poder y privilegio que se materializan en todo orden jurídico.

La discusión no es nueva, en la *República*, Platón nos refiere este planteo en la voz de Trasímaco:

¿A qué viene Sócrates tanta palabrería? [...] responde tú mismo y di que entiendes por justicia. Y no vayas a responder que es lo conveniente, lo útil, lo ventajoso, lo lucrativo o lo provechoso. Responde con claridad y precisión, porque no estoy dispuesto a tolerar semejantes pamplinas [...] Escucha pues –dijo–, sostengo yo que la justicia no es otra cosa que lo que le conviene al más fuerte. (p. 110-113)

Esta cuestión, como hemos dicho, se ha reiterado a lo largo de la historia. Sin duda el mayor exponente de esta corriente nihilista en los tiempos modernos fue el brillante jurista Hans Kelsen, que lleva esta postura a su extremo con un profundo rigor científico.

La teoría de que el Estado y Derecho son la misma cosa la ha llevado a su forma más extrema Hans Kelsen. En su opinión Derecho y Estado no son meramente dos aspectos o dos lados del mismo fenómeno; son totalmente y sin reserva idénticos. Todo acto del Estado es a la vez acto jurídico. Toda definición del Estado es a la vez una definición del Derecho. No supone la más mínima diferencia que el Estado de que se trate sea autocrático o democrático, que sea Estado de poder o Estado de Derecho. Todo Estado según Kelsen tiene que ser Estado de Derecho. El poder del Estado es meramente la suma total de normas coactivas válidas en una sociedad dada, lo mismo es el Derecho. (Bodenheimer, 1979, p. 75)

Estas concepciones se fueron machacando a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y

desde antiguo se presentan como una doctrina desenmascaradora. Los sentimientos morales de valor, la supuesta aspiración a la justicia no son más que un engaño y, en el mejor de los casos, un autoengaño

subjetivamente creído. En realidad no existen tales sentimientos y aspiraciones. (Coing, 1962, p. 110)

El problema que intentamos analizar se refiere a si el hombre al momento de crear el derecho lo hace según le parece, en forma arbitraria, conforme a sus caprichos o, por el contrario, si su conducta en el acto creador del orden jurídico (en todo su amplio abanico de posibilidades, que incluye desde la sanción de una ley hasta el dictado de una sentencia o la formación de un contrato) se encuentra vinculada de alguna manera más o menos perceptible u observable a cierta ordenación.

La cuestión básica es, pues, si existe algo así como un derecho de valores y leyes morales identificables por el hombre, que determinen su obrar y constituya una parte del mundo en que vive [...] El espíritu humano actúa creadoramente en la formación del derecho, pero no arbitrariamente. Es evidente que sigue determinadas conexiones que se le presentan en los problemas. Esto no es mera impresión del observador que reconstruye a posteriori la realidad jurídica. El juez que decide un proceso no tiene la impresión de haber dado una solución cualquiera, sino la de haber ofrecido la prefigurada por la cosa misma. (Coing, 1962, p. 106)

La idea de *realización progresiva*, vinculada de manera más o menos notoria hacia cierta realidad apetecible, podríamos denominarla *evolución* en términos de filosofía del derecho. Ello, en la convicción que «el progreso social no debe mendigar ni asesinar, sino realizarse por la conciencia plena de su inexorabilidad» (Perón, 1949, p. 75).

Para continuar con la idea, podemos afirmar que lo único que se mantiene constante en el devenir histórico de la humanidad es la evolución permanente. La pregunta es si esta evolución, producto de la naturaleza humana, obra arbitraria y caprichosamente o, por el contrario, podemos encontrar en ella cierta vinculación.

En cualquier análisis con perspectiva histórica que hagamos, podemos observar que los cambios y mudanzas que el hombre ha producido en el seno de su sociedad se encuentran, de manera más o menos observable, vinculados a la búsqueda permanente de formas de convivencia más justas; es decir, hacia formas superiores de vida. No nos referimos con esta conclusión a lapsos biológicos sino a procesos históricos, donde sí se observa nítidamente que los nuevos estadios evolutivos alcanzados son superiores, con respecto a los anteriores, en cuanto a la realización de los derechos humanos o, lo que es lo mismo decir, en cuanto a una mejor realización de la justicia.

No nos cabe duda de que el hombre, al momento de crear el derecho, se encuentra vinculado de alguna manera al devenir histórico en forma tal que su acción, en estos casos, se encuentra ligada a la búsqueda permanente de formas de convivencia más justas. No pretende esta afirmación concluir que la totalidad de los hombres actuamos al unísono en pos de la realización del valor justicia, ni que todos empeñamos en ello nuestras mejores y mayores fuerzas. Simplemente, afirmamos que, observando con perspectiva histórica, vemos con rotunda claridad que lo único que permanece constante en el decurso es la evolución. Todo cambia, momento a momento. Nada es estático. Este cambio permanente, obra de la naturaleza humana, domina todos los ámbitos de su actividad. Ya desde el primer momento de la especulación filosófica, Heráclito decía que todo fluye, que nunca nos bañamos dos veces en el mismo río, pues nuevas aguas están fluyendo constantemente junto a nosotros.

Pero más allá de la voluntad individual de cada quien al momento de actuar, y de las razones particulares que motivan dicha acción, lo que se observa es que el resultado final de la totalidad de las acciones individuales nos lleva de manera insensible pero contundente a nuevos estadios evolutivos, en los que las relaciones sociales se encuentran rodeadas e impregnadas de una mayor y más plena captación del valor justicia.

Así, podemos afirmar que el hombre actúa de manera creadora al momento de producir los cambios en la sociedad, pero esta creación se encuentra vinculada a esa búsqueda permanente de formas de convivencia más justas. De allí podemos concluir que, efectivamente, la evolución se encuentra gobernada por la búsqueda de la realización de la justicia. Esto no implica que a cada año la sociedad se mejora y se perfecciona, nos referimos a términos históricos, no biológicos. De manera tal que podemos graficar la evolución como una línea recta que nace en el primer hombre y se orienta hacia la justicia, transitando por el término medio entre los excesos y defectos que cada momento de la historia trajo de sí.

En el seno de la Humanidad que soñamos, el hombre es una dignidad en continuo forcejeo y una vocación indeclinable hacia formas superiores de vida. Tales factores no operan, por cierto, en una consideración simplemente masiva de la biología social. De su ignorancia o sojuzgamiento depende precisamente el éxito de nuestra época. (Perón, 1949, p. 36)

En este sentido, se comprende lo que Coing denominó la irreproducibilidad de fases éticas superadas y los principios que orientan la moderna corriente del derecho internacional de los derechos humanos, nos referimos a la progresividad y la no regresividad, que implican que

una vez alcanzado cierto estadio evolutivo ya no es posible volver atrás. Los ejemplos son innumerables. Hay uno particularmente claro y contundente que aquellos que en nuestros días acumulan varios años han vivido personalmente: el rol de la mujer, que ahora es sustancialmente diferente del que tenía hace mucho menos de un siglo. Nadie puede negar que el cambio producido implica, a su vez, una mejor y mayor captación del valor justicia.

También podemos observar el impulso, desarrollo y consolidación de los derechos humanos logrados desde la no tan remota Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Naciones Unidas en 1948. En apenas unos 70 años, el perfeccionamiento e impulso del reconocimiento de los derechos humanos, tanto a nivel local como internacional, es absolutamente perceptible.

En este hilo argumental, podemos tomar cualquier instituto jurídico que regule, por ejemplo, la propiedad, el medio ambiente, el consumo, el trabajo, la familia, el matrimonio y la patria potestad, entre otras. En todos los casos, vamos a observar que efectivamente la nueva norma es superior a la anterior, en el sentido de que se encuentra regulada con mayor justicia. Insistimos, nuestro análisis debe tomar grandes períodos, ya que puede ocurrir que el cambio producido en un momento concreto no responda a un criterio evolutivo sino, simplemente, a una posición de poder de cierto sector que logra imponer sus intereses sobre los de la comunidad, aunque, si la democracia termina prevaleciendo, a la larga esa posición simplemente desaparecerá.

Obviamente, esto no implica que la regulación actual sea justa, precisamente porque hoy peleamos –como ayer lo hicieron otros– por un nuevo giro de la espiral de la evolución, que a su vez nos llevará a un nuevo estadio evolutivo para comenzar otra vez. Esta realidad dialéctica determina que ante cada nueva síntesis lograda por el conjunto social comienza a gestarse una antítesis que requiere y busca su solución en el logro y consolidación de otra nueva síntesis.

En resumen, la evolución –obra del espíritu humano– domina totalmente nuestro presente y orienta nuestro futuro. Un motor que alienta este decurso es la perpetua búsqueda de formas de convivencia más justas. De manera tal que no cabe sino concluir que, más allá de las dificultades inmediatas que se presentan al pretender la unanimidad en la definición de lo justo hoy y ahora en cada caso concreto, no podemos negar que la evolución de la sociedad humana –y con ella, la evolución de su orden jurídico– se encuentra dominada y ordenada por la justicia.

Así, podemos concluir que –de la misma forma que sucede en el campo de la biología con un gen en particular (por ejemplo, el de los dedos pulgares opuestos)– cuando algo representa una ventaja adaptativa

tiende a reproducirse y predominar en las generaciones futuras. En el campo de las ideas e instituciones políticas, económicas y culturales sucede exactamente lo mismo, solo que a una velocidad de pasmo. En la biología, las unidades de información genética se llaman *genes* y su evolución puede demorar milenios. En el campo de las ciencias sociales, a las unidades de información cultural, como las ideas o instituciones políticas, jurídicas, culturales y económicas, se las denomina *memes*. Estos memes evolucionan muy rápido porque una vez que se desarrolla una innovación en algún sitio, si resulta exitosa, es velozmente copiada por los demás (comunidades, pueblos, naciones o países) bajo riesgo de que, si no lo hacen, una conquista o revolución podrían imponerla de una forma menos pacífica.

Para exponerlo gráficamente, pensemos en las ventajas que significaron la innovación de las espadas de hierro sobre las de bronce, o la aparición de las fortificaciones amuralladas, de la educación pública o la organización fordista de la producción. Con respecto a la justicia, esta argumentación intenta mostrar que el derecho evoluciona incorporando memes que, paulatinamente, perfeccionan el sentido de justicia del derecho (Wright, 2005). Posiblemente el meme jurídico más antiguo sea la prohibición de matar, ubicua en todas las religiones, o la prohibición del incesto. Algunos de los memes más recientes que afectan nuestro entramado jurídico son los derechos de defensa del consumidor, de defensa de la competencia, a la libertad de expresión, de defensa de la propiedad, del trabajador y, muy especialmente, los derechos humanos.

Es así porque el hombre es el punto de penetración de los valores en la realidad. La justicia no se realiza por necesidad o ventura, por el contrario, los valores cobran existencia en el mundo real en la medida que existan hombres dispuestos a luchar por ellos. En consecuencia, el análisis del derecho no puede ser comprendido sin el sujeto –el espíritu de los tiempos (*zeitgeist*, en alemán) que contribuye a determinar sus perspectivas y estructura moral–, por esto es posible y legítimo encontrarnos con posiciones contradictorias sobre un mismo tema, es decir, dos soluciones posiblemente justas para el mismo caso; una situación que, en sí misma, representa una contradicción lógica insostenible para cualquier ciencia. Es que en la realización concreta de los valores jurídicos en una sociedad concreta no se puede obviar al sujeto humano como forma de penetración al ser de los valores, para corregir los excesos o defectos que cada momento trae de sí. Por ello, ante una legislación defectuosa o violatoria de los derechos de las personas, simplemente debemos esperar el curso del tiempo (en el que se incluyen los procesos de lucha y esfuerzos individuales en pos de consolidar una nueva convicción) en el que, merced a una mayor y mejor captación del valor en cuestión, se podrá

finalmente resolver la contradicción inicial, para otra vez comenzar esta nueva batalla dialéctica en búsqueda de una nueva síntesis.

En este sentido, podemos preguntarnos desde qué momento la esclavitud es mala. Las respuestas pueden ser: desde que la ley la prohibió o desde siempre. Hoy podemos concluir sin duda que la esclavitud siempre fue mala, sin perjuicio de lo ocurrido en el pasado y de la justificación sobre su existencia argumentada por mentes de la talla de Aristóteles, por ejemplo. ¿Qué ocurrió para que nos atrevamos a contradecir al genio de Aristóteles? Simplemente, el tiempo y la evolución nos permiten captar con mayor plenitud el valor justicia y comprender sin esfuerzo que la esclavitud siempre fue mala, tanto en los tiempos de Aristóteles, como en nuestros días. En palabras de Goldschmid, «los valores, al menos los valores naturales como la justicia, si bien los captamos en estado de universalidad mediante la razón, de ningún modo son producto de la razón y, por ende, a su merced» (1980, p. 470).

En conclusión, el derecho es un orden obligatorio en las relaciones sociales, pero no cualquier orden, sino que es un orden vinculado ostensible y absolutamente a la realización de lo justo. Así, el derecho se constituye en la acción justa misma. También se ha dicho que es «un proyecto de armonía social, fundado y realizado en el respeto a la dignidad del hombre» (Negri, 1984, p. 16). El jurista romano Celso lo definía como la técnica o ciencia de lo justo y conveniente.

El derecho pretende ser lo justo. Sin duda, es un intento de justicia, pero en su realización concreta se encuentra con un material previo, determinado por la realidad de que se trate. Resulta absurdo negar que, en cualquier sociedad –además del intento de realizar lo justo–, nos encontramos con un orden del poder, la propiedad y los privilegios, que también existen y disputan su continuidad.

En esta convicción cabe reconocer que las teorías nihilistas contienen, según Coing (1962),

penetraciones esenciales en el ser del Derecho; su error consiste propiamente en que absolutizan verdades parciales y pasan por alto las tendencias morales supremas del Derecho. Todo derecho positivo contiene también una seguridad del poder y, por lo tanto, expresión de relaciones de poder. Todo derecho positivo está en peligro de servir a intereses de clase. Y sucumbe además a menudo a ese peligro. Los intereses de clase y la conciencia de clase no son solo obstáculos difíciles de superar en la imposición de la regulación justa, sino que, además, constituyen un peligro de desviación del sentimiento jurídico y resultan así un riesgo para la jurisprudencia misma. (p. 116)

Entonces, en la idea de que el derecho es un proyecto, un intento, una potencia orientada a la realización de lo justo, reconocemos la existencia de límites concretos que implican que –aquí y ahora– pueden concurrir diversas y contradictorias soluciones a controversias que reclaman para sí la categoría de justas. Pero, en virtud de esta limitación concreta, no se puede afirmar que esta penetración parcial en el ser del derecho es absoluta y negar así que existen valores objetivos que determinan a la conducta humana a la realización de lo justo. Es una claudicación intolerable, ya que esta contradicción es solo temporal y aparente en razón que se resolverá de manera definitiva, mediante el decurso: «Por eso os cito ante este tribunal. Para dentro de mil y mil años: Habrá entonces un juez más sabio que yo, y él hablará: Marchaos» (*Nathan el sabio*, de Gotthold Ephraim Lessing, citado por Coing, 1962).

Nuestro orden jurídico actual –que ha evolucionado acompañando el ritmo de desarrollo del moderno Estado de bienestar o, como se acostumbra a decir en nuestros días, el Estado social de derecho– establece la existencia de derechos absolutamente exigibles ante el Estado, por ejemplo, la asignación universal por hijo o el reconocimiento de la exigibilidad de los derechos humanos, tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales; este reconocimiento opera de manera tal que resulta contrario a derecho el abandono de los individuos a su propia suerte. La sociedad representada por el Estado pasa a tener una responsabilidad concreta y exigible sobre los individuos que la integran.

Existe un principio de irreversibilidad en la evolución del derecho. No es lícito violar los derechos ya reconocidos por la evolución, en virtud del principio de irreproducibilidad de fases éticas superadas o, como lo denomina actualmente el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de no regresividad. Esto implica la prohibición de adoptar o llevar adelante medidas que restrinjan de alguna manera el nivel logrado –en una sociedad concreta– de goce y ejercicio de un derecho.

En este punto, nos interesa señalar que los principios y leyes propias de la ciencia económica no pueden ni deben reemplazar a la idea de justicia en la formulación de la norma jurídica. Por el contrario, una vez alcanzado el tipo ideal de derecho para el caso concreto, la ciencia económica nos ayuda a encontrar el mecanismo más eficiente para la realización de la idea construida por un grupo social específico. En este sentido, la economía actúa como ciencia auxiliar del derecho y se pone al servicio de este para concurrir a su definición tanto normativa como positiva.

Retomando el ejemplo de los menores, no nos cabe duda de que ahora –merced a la evolución operada, en estos tiempos y conforme a las convicciones jurídicas vivas en nuestra sociedad– resulta esencialmente injusto abandonar a las individualidades a su propia suerte. De manera tal que

la solución justa que sostiene nuestro orden jurídico positivo determina que los menores del ejemplo son titulares del derecho de exigir una protección particular en consideración al peculiar momento de la vida en que se encuentran y que se les garantice el adecuado desarrollo de todas sus potencialidades, orientadas a la realización de su propia vida.

Este planteo encuentra sustento positivo, por ejemplo, en el derecho internacional de los derechos humanos, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966, 16 de diciembre), que –vale la pena recordar– para nuestro derecho positivo tiene jerarquía constitucional a partir de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 CN.

**Box
1**

Sobre la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 trajo una trascendente incorporación al artículo 75, inciso 22. Mediante esta, ciertas declaraciones, convenciones y tratados internacionales referidos a los derechos humanos (según las condiciones de su vigencia) tienen jerarquía constitucional, lo que implica que forman parte del plexo normativo constitucional federal de nuestro derecho positivo. En consecuencia, las leyes y demás normas que se dicten deben estar adecuadas a sus previsiones –conforme al principio de supremacía constitucional– y sujetas a que, en caso de contradicción, puedan ser declaradas inconstitucionales por el órgano jurisdiccional.

Al respecto, se han desarrollado distintas corrientes doctrinarias referidas al alcance de esta incorporación, particularmente en cuanto a la posibilidad de contradicción entre una norma de la constitución formal y un artículo de los tratados incorporados. En general, la doctrina sostiene, al igual que el texto constitucional, que estos tratados no modifican ni derogan artículo alguno de la constitución y deben entenderse como complementarios de esta.

Bidart Campos (1995) manifiesta que «la asignación de jerarquía constitucional, a más de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la Constitución, comparten supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico y que no afirmamos que estos instrumentos estén ‘incorporados’ o integrados a la Constitución formal, ni que formen parte de ella, pero sí enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado bloque de constitucionalidad» (p. 276).

Badeni (1997) comenta: «los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener jerarquía constitucional, están subor-

dinados a una Constitución que no pueden modificar porque ello se lo impiden los arts. 27 y 30 de la Ley Fundamental» (p. 199). Expresamente, este artículo, en su parte pertinente, dispone: «en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...] Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

De este instrumento del derecho internacional surge la obligación por parte de los Estados de garantizar el disfrute de estándares mínimos referidos a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El Comité del PIDESC determinó que los Estados tienen «una obligación esencial de asegurar la satisfacción de, al menos, niveles mínimos de cada uno de los derechos del pacto. Estos se deben satisfacer más allá de la disponibilidad de recursos en un país» (Artigas, 2005, p. 19). Estos niveles mínimos se refieren a alimentación, atención de la salud, hábitat y educación.

En el mismo sentido, podemos detenernos en la Convención sobre los Derechos del Niño que, en su artículo 2, dispone que los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la convención y asegurarán su aplicación.

Comprobamos así que el orden jurídico, de manera paulatina pero constante, va incorporando a sus preceptos los niveles de justicia posible, conforme al estadio evolutivo que haya alcanzado la sociedad de que se trate.

El ejemplo que utilizamos establece que todos tenemos derecho –absolutamente exigible– a estándares mínimos de disfrute de los bienes que el grupo social produce y posibilita día a día, particularmente, los menores, los ancianos y demás grupos vulnerables. Y es allí, en la elaboración concreta de las medidas de reparto de los bienes y de las cargas entre los integrantes del grupo, que la ciencia económica tiene un aporte esencial para la ciencia jurídica.

El análisis económico del derecho

2.1. Diferencias entre sistemas: derecho continental y derecho común

Cuando hablamos de sistema jurídico nos referimos a la estructura generada por la organización política de cada Estado orientada a la creación, aplicación e interpretación de las normas de derecho. En el mundo occidental existen dos grandes sistemas jurídicos:

- El derecho común o *common law* anglosajón.
- El derecho continental europeo.

El primero es un sistema jurídico de origen anglosajón, llevado tras la colonización a los Estados Unidos y a otros países de la Commonwealth británica. Se caracteriza porque las normas jurídicas son creadas fundamentalmente por los jueces, mediante la inducción basada en los precedentes judiciales. Así, la principal fuente de su derecho es la jurisprudencia, al punto tal que el derecho legislado simplemente la sigue, es decir, transforma en ley—mediante un mero acto declarativo—al derecho establecido por la jurisprudencia. De esta manera, el derecho sajón se sustenta en la costumbre y en el precedente judicial, que posteriormente adquieren el rango de ley, no por la actuación fundamental del legislador, sino por la acción de los jueces.

Por su parte, los países enmarcados en el derecho continental europeo, entre los cuales se ubica la Argentina, siguen la tradición romana. En esta, la norma jurídica emana fundamentalmente de los poderes del Estado (ejecutivo y legislativo) y luego es interpretada y aplicada por el poder judicial. La principal fuente del derecho es la ley que, en sentido estricto, se refiere a la norma jurídica gestada por del poder legislativo y, en sentido amplio, significa toda norma jurídica emanada de una autoridad competente. Aquí, la jurisprudencia como fuente del derecho tiene un espacio reducido ya que, en la generalidad de los casos, el precedente judicial no resulta obligatorio para los jueces, ni aun para los jueces inferiores.

El fenómeno más importante del método jurídico del derecho continental europeo es la existencia de códigos, que implica la exteriorización de las normas y principios jurídicos mediante cuerpos organizados sistemáticamente por materias.

A fines del siglo XVIII y principios del XIX, nació en Europa la llamada codificación moderna, que en nuestro país se materializó con la sanción del Código de Comercio, en 1862, y el Código Civil, en 1869. La codificación consiste en la unificación sistemática de disposiciones jurídicas dispersas referidas a una materia, lo que facilita el conocimiento, difusión y aplicación de sus normas, como así también la sistematización de sus principios.

Por el contrario, la profusión de normas jurídicas atenta contra la seguridad, la claridad y la unidad de la legislación; por ello, la sistematización de las normas dispersas en cuerpos determinados por materias permite inferir principios jurídicos que regulan cierta porción de la convivencia humana.

La codificación encuentra antecedentes muy antiguos como el Código de Hammurabi, dictado alrededor del año 1760 a. C.

Por su parte, el derecho romano, luego de varios siglos de evolución, desarrolló los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Estos culminan con la maravillosa obra –impulsada por el emperador Justiniano– del *Corpus Iuris Civile*, conformado por diversos cuerpos conocidos como el «Digesto» (en latín: *Digesta sive pandectae*), las «Institutas» (*Institutas*), el «Código» (*Codex repetitae praelectionis*) y las «Novelas» (*Novellae constitutiones*). El «Digesto» contenía la doctrina de célebres juristas como Papiano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Celso.

En España, el proceso codificador se manifiesta con el *Fuero Viejo de Castilla*, en 1212; el *Fuero Real*, en 1254, y las *Siete Partidas*, de 1265 –también conocidas como *Libro de las Leyes*–, cuya redacción es del período de Alfonso X y su vigencia se mantuvo en Hispanoamérica hasta el siglo XIX. Su particularidad fue que, además de tratar temas estrictamente jurídicos, se adentraba en cuestiones morales, teológicas, éticas y filosóficas.

Como dijimos, a partir del siglo XIX, en su gran mayoría, los países de Europa e Iberoamérica comenzaron a promulgar códigos, particularmente códigos civiles. El de mayor influencia, en esta corriente y por aquella época, fue el *Code Civil* que dictó Napoleón Bonaparte en 1804, que se expandió e influyó en la redacción y sanción de los numerosos códigos dictados con posterioridad.

El Código de Napoleón fue producto de la confluencia de dos corrientes: la filosofía enciclopedista y el racionalismo jurídico; para estas, un cuerpo que dotara de unidad y sistematicidad a las normas dispersas –y, a veces, contradictorias– permitiría superar ese desorden complejo y discordante que existía en el ámbito del derecho, reemplazándolo por normas integradas en un sistema coherente y de fácil aplicación y conocimiento.

Ambos sistemas poseen puntos fuertes y débiles que brindan ventajas y desventajas a las sociedades que los implementan. Con frecuencia

suele argumentarse sobre la rigidez y el peligro de cristalización que afectan al sistema continental, aspectos que dificultan su adaptación rápida a los cambios sociales. Por su parte, el sistema anglosajón presenta como gran inconveniente la dificultad para conocer la norma aplicable a cada caso concreto y la casi imposibilidad de inducir principios jurídicos de los precedentes. Quizás aquellos países regidos por el sistema del derecho común dispongan de mayor flexibilidad para tratar nuevas problemáticas. Aunque debe decirse a favor del sistema continental que, en estos países, los legisladores o el Poder Ejecutivo pueden y suelen actuar rápidamente modificando los códigos para lograr la misma adaptación.¹ De todos modos, es necesario alertar que no debe esperarse mucho de un ejercicio de comparación de eficiencia u otros criterios entre los distintos sistemas porque las instituciones no se construyen desde el vacío absoluto, sino que son fruto de una elaboración colectiva y evolutiva que posee historia y tradición.

Cuando las instituciones dependen del recorrido temporal realizado (fenómeno conocido como *path dependence*), difícilmente las modificaciones de las que pueden ser objeto se distancien significativamente del punto de partida y, por esto, son improbables las modificaciones radicales. Esto es así especialmente en el ámbito de las instituciones de la justicia y del derecho, tal vez las primeras que se han dado las comunidades de humanos, tan pronto alcanzaron un mínimo de organización social.

En ese sentido, es posible especular que desde el primer momento en que el hombre fatigó la tierra lo hizo junto a otros hombres, ya que la vida humana solo logra su máxima expresión en su correlato necesario, la comunidad. A su vez, es la comunidad la que forma y determina a los individuos que la componen. Esto nos permite afirmar que no existe el hombre aislado –como pretendió verlo la ilustración– de la misma manera que tampoco existe la comunidad carente de individuos, que a los fines de su existencia humana viven en comunidad.

Entonces, desde el primer momento del primer hombre que necesariamente vivió en comunidad, este elaboró un prosaico y elemental

1 El conocido caso de la banda de los Caballeros de la Noche pone de manifiesto la rigidez del sistema continental vigente en la Argentina hacia fines del s. XIX. En 1881, este grupo robó en el cementerio de la Recoleta el cadáver de un familiar de la acaudalada doña Felisa Dorrego de Miró y le exigió dinero a cambio de su devolución. Los culpables, sin embargo, fueron liberados porque el Código Penal no preveía el delito de la violación de sepulcros con fines extorsivos y la Constitución establecía en su artículo 18 que «ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso». Este delito se incorporó al Código Penal en 1887 dentro del capítulo de robos y hurtos.

sistema de reparto por la simple razón de que debía organizar de alguna manera un sistema de distribución de cargas y beneficios entre los integrantes del grupo. Es decir, el hombre vivió siempre en grupo e invariablemente debió crear normas de convivencia para la subsistencia tanto individual como grupal. La subsistencia individual estaba asegurada por la eficiencia común en el manejo de los recursos disponibles. La subsistencia grupal se lograba por la más perfecta realización del valor justicia conforme al estadio evolutivo de los individuos que conformaban el grupo. Así, si la convivencia social y su sistema de reparto solo se sustentaban en el poder de algunos que sometían a muchos, el destino del grupo era, simplemente, su propia destrucción. De la misma manera, si los criterios de reparto no se adecuaban a los nuevos horizontes alcanzados por la evolución, el grupo entraba en crisis y esta se resolvía mediante la adaptación al nuevo estadio evolutivo o, sencillamente, la desaparición.

La comparabilidad de los sistemas es de dudosa validez ya que no puede conducir a una reconversión debido a esta dependencia temporal del punto de partida. De todos modos, así como afirmamos que no es posible saltar de un sistema a otro, por el contrario, es muy frecuente que exista cierta convergencia entre los sistemas de diferentes países en lo que respecta a la ley.

En efecto, existen factores que son capaces de generar esta convergencia. Por un lado, podría decirse que en algunos asuntos de la moral humana hay coincidencias en la mayoría de las naciones del globo o, por lo menos, parecen evolucionar en la misma dirección. Por lo tanto, los pueblos impulsan nuevos derechos, como el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en las últimas décadas. Asimismo, existen organizaciones multilaterales que promueven la creación de instrumentos jurídicos para combatir ciertas conductas que afectan al bienestar de todos los países (crimen organizado, terrorismo, lavado de capitales, evasión fiscal, delitos de lesa humanidad, entre otras) o que también contribuyen en el mismo sentido (alimentación, cultura y educación, equidad de género, por ejemplo). También se puede observar con nitidez organizaciones internacionales orientadas a generar cierta convergencia en la consolidación de nuevas convicciones y paradigmas, como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

De cualquier manera, en la actualidad existe una tendencia hacia la aproximación entre ambos sistemas. El sistema anglosajón muestra una mayor propensión a la codificación por medio de la utilización de normas escritas que van compitiendo con el precedente judicial como fuente del derecho. Y en el sistema de tradición romana, esta aproximación se evidencia a partir de la búsqueda de la previsibilidad del proceso

judicial mediante la obligatoriedad del precedente para los jueces inferiores (por ejemplo, en nuestro derecho, el recurso de casación y el de inaplicabilidad de ley).

En ambos sistemas jurídicos, las leyes, en sentido amplio, pueden emanar del poder ejecutivo o de diversos órganos que poseen la función de dictar normas generales obligatorias (por ejemplo, las circulares del Banco Central de la República Argentina); por otra parte, las leyes, en sentido formal, solo proceden del poder legislativo.

Son más evidentes, en cambio, las diferencias en cuanto al rol de los jueces. En el derecho continental, los jueces se limitan a aplicar la norma y solo sientan jurisprudencia cuando intervienen interpretándola, mediante el dictado de las sentencias respectivas, en el ejercicio de su propia jurisdicción. En el derecho común, la ley se basa en el sistema del precedente. Si es un problema preexistente ya resuelto por la justicia, la solución se sustenta en la jurisprudencia disponible, es decir, en el precedente judicial. En cambio, si es un problema nuevo, lo sancionado por el juez se convertirá en ley por medio de la sentencia dictada. Así, en el sistema continental un juez es un interpretador, mientras que en el derecho común es un hacedor de la ley.

2. 2. Origen del análisis económico del derecho

En 1890, en EE. UU. se sancionó la conocida ley Sherman antimonopolios (*Sherman Antitrust Act*), que declaró ilegal la existencia de cárteles de empresas, oligopolios de firmas que coluden formal o informalmente para formar precios o distribuir cuotas de mercado evitando la competencia directa en perjuicio de los consumidores.²

Esta normativa tuvo una enorme trascendencia a escala global porque constituye una de las primeras y más notorias limitaciones al derecho de propiedad y al libre mercado.³ Este campo de análisis de la

2 La expresión *cártel* proviene del alemán *Kartell* y se refiere a un «convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial» (Real Academia Española, 2018).

3 Como ya planteamos, en 1890 el Congreso de los Estados Unidos sancionó una ley *antitrust*—a la que consideramos de una extraordinaria injerencia en el orden jurídico—orientada a limitar al derecho de propiedad y de libre mercado. Ello nos permite adelantar que la propiedad no es absoluta ya que, al igual que cualquier otro derecho, debe ser reconocida en el dilatado marco de la convivencia social. En consecuencia, los derechos tienen un límite original o congénito dado por la convivencia social y están limitados por su interés superior.

regulación monopólica utiliza las herramientas del análisis económico y constituye el primer antecedente del análisis económico del derecho, sin embargo, por convención, estas temáticas no se consideran dentro del campo comprendido por este.

Los trabajos seminales de la corriente conocida como AED se produjeron en las décadas del 50 y 60, con una serie de artículos de Gary Becker, Ronald Coase y Guido Calabresi que empleaban instrumental económico aplicado a diversas áreas del derecho, como la discriminación, la criminalidad, la propiedad, el costo social y los accidentes.

El AED tiene un enfoque normativo y otro positivo. El normativo se encarga de definir y proponer cómo debería ser una norma jurídica óptima teniendo en cuenta el proceder de los agentes, mientras que el positivo, tiene como objeto estudiar microeconómicamente el comportamiento de los agentes –la conducta y reacción de la víctima y/o del ofensor– ante la existencia de la ley.

La economía tiene herramientas suficientes como para hacer una contribución significativa a las ciencias jurídicas. Su aporte a veces es menospreciado tildándolo de economicista –y tiene mucho de razón, a juzgar por las pretensiones de muchos de los autores de este campo–, sin embargo, debe resaltarse que el conocimiento y análisis previo de los costos y beneficios que implica una ley o norma jurídica, fundado en el análisis microeconómico, indudablemente constituye un conocimiento relevante para ser puesto a consideración de los jueces y legisladores al diseñar la norma.

La crítica así vertida es ingenua y no se corresponde con una actitud científica, por el contrario, el método científico recomendaría aplicar las herramientas de análisis de la ciencia económica y debatir sobre la calidad del análisis empleado, la validez de los supuestos adoptados, la congruencia, las limitaciones e implicaciones del análisis, entre otros asuntos. Sin duda, esta crítica cobraría más sentido si el AED pretendiera ocupar el lugar de la ciencia jurídica y modificar sus principios. Naturalmente, los valores de la economía –en especial la de raigambre neoclásica, basada en un personaje (el *homo economicus* maximizador) de racionalidad ilimitada, híperinformado e individualista– conducirían, sin duda, a propuestas normativas muy alejadas de las que nuestra sociedad consideraría aceptables. Por ejemplo, una familia con numerosos hijos y graves problemas para mantenerlos podría –válidamente, desde el punto de vista de la utilización eficiente de los recursos– intentar vender alguno para mejorar la calidad de vida de los restantes con lo producido. Si bien este planteo es óptimo desde la óptica simplona de la eficiencia, para el derecho tiene objeciones irreconciliables.

Los enfoques más heterodoxos de la economía asumen que la conducta de los individuos en una sociedad rara vez puede explicarse con

la lógica mencionada del *homo economicus*, al contrario, parten de una visión más realista del individuo y la sociedad que no niega la existencia del individualismo y el beneficio personal ni la motivación que los impulsan, pero, a su vez, resaltan la existencia de aspectos como la racionalidad limitada, la información escasa y el rol de la cooperación, la coordinación y de las instituciones en el desarrollo humano. Estos enfoques definitivamente reconocen la enorme heterogeneidad de la naturaleza humana y se apoyan en otra abstracción, un *homo* menos *economicus* con distintos grados de individualismo, lo que constituye un sustento del cual no podría derivarse el mismo andamiaje de propuestas normativas o análisis positivos del derecho que encontramos habitualmente en los autores del AED, quienes en su mayoría adscriben a la escuela neoclásica.

En efecto, si bien la raigambre del análisis económico del derecho abreva en la economía neoclásica, sobre todo anglosajona, es nuestra opinión que el aporte de las corrientes más heterodoxas podrá contribuir a formar un entendimiento mucho más robusto de la relación existente entre la economía y el derecho. El ejercicio de utilizar la microeconomía para analizar el derecho es una experiencia sin duda enriquecedora, siempre y cuando los supuestos sobre los que se sustente esa microeconomía y las conductas que se presupongan para los agentes e instituciones estén sólidamente cimentados en la realidad y en el conocimiento científico que surge de la economía experimental y del análisis de los sistemas complejos.⁴

En definitiva, consideramos que solo la ciencia económica que tenga sus raíces bien plantadas en la realidad –y no en supuestos heroicos y concisos sobre la conducta de las sociedades– puede contribuir al análisis y diseño de la ley. Una corriente de estas características debe apoyarse en el realismo de los supuestos partiendo del reconocimiento de la heterogeneidad de las conductas humanas, de la dependencia respecto del punto de partida (*path dependence*) –tanto de las instituciones como de las conductas–, de la existencia de fallos del mercado, de los impactos macroeconómicos e intergeneracionales, de la predisposición humana a la coordinación y cooperación, de las conductas altruistas, de la reciprocidad y de la aversión de gran parte de la sociedad por la desigualdad,

4 La economía es un sistema complejo, entendiendo por tal a una situación en donde la conducta del conjunto no puede derivarse de la suma de sus partes, porque de la agregación surgen fenómenos espontáneos e imprevisibles (Arthur, 2013). La paradoja de la frugalidad keynesiana es un ejemplo de comportamiento complejo, donde la agregación de una conducta privada virtuosa, como el ahorro, genera un resultado colectivo e individual opuesto al deseado.

entre otros asuntos, y no debería limitarse exclusivamente a utilizar microfundamentos basados en la omnipresencia del *homo economicus*.

En efecto, como cualquier conocimiento científico, la ciencia económica está en constante evolución y confrontación, y es una pretensión desmedida y errónea pensar que lo que esta recomienda para los tribunales es fruto de un conocimiento inmutable y perfecto. Más bien, la economía y el AED evolucionan y van ampliando sus conocimientos, mejorando sus supuestos y aplicaciones, y adaptándolos a la realidad (otro tanto corresponde acotar con respecto a la ciencia del derecho, a su jurisprudencia y a su legislación). En ese camino de evolución científica, el conocimiento va adaptándose y aproximándose a la realidad. Sería anticientífico afirmar que una proposición es una verdad eterna ya que, por el contrario, el conocimiento científico es precisamente aquel que es permanentemente desafiado y se renueva en una inacabable aproximación a la realidad.

La anterior afirmación es aún más relevante para las ciencias sociales, que enfrentan desafíos mucho mayores que en las exactas, no solo porque el sujeto de estudio es el ser humano y los experimentos no pueden repetirse, sino porque el objeto de análisis, la realidad misma, evoluciona permanentemente como fruto de la interacción de los seres humanos y sus instituciones.

Es necesario mencionar este hecho antes de avanzar para no pecar, como lo hacen los típicos manuales de economía neoclásica, de expositores de verdades inmutables y universales. Por el contrario, nuestra intención es señalar que los razonamientos aquí vertidos representan apenas una mirada introductoria que esperamos que aliente a los estudiantes a profundizar en estos conocimientos y, sobre todo, les brinde cierta dosis de humildad ante los desafíos que implica la comprensión cabal de los fenómenos sociales.

Pero si además tenemos en consideración el hecho de que las normas y leyes generan sobre las sociedades efectos duraderos y difíciles de revertir, que pueden incluso comprometer a varias generaciones –como las regulaciones sobre el mercado del suelo y las normas sobre la concentración empresarial, por ejemplo–, entonces no solo las propuestas deben analizarse muy exhaustivamente, sino que también –por un sensato criterio de prudencia científica– deben reconocerse las limitaciones del AED para comprender cabalmente los fenómenos sociales bajo análisis.

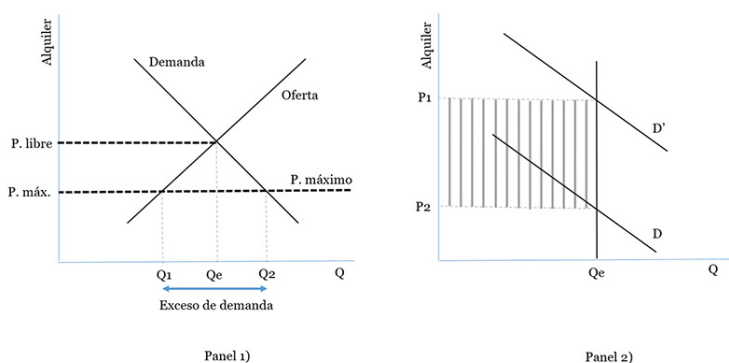
A continuación, mostramos un caso, el del mercado de bienes raíces, que la literatura utiliza como ejemplo antonomástico para exponer la relación virtuosa entre el análisis económico y la ley. Nosotros lo utilizaremos para demostrar que se deben evitar las lecturas superficiales y reconocer las limitaciones del AED. El ejemplo corresponde a las leyes de regulación (congelamiento) de alquileres que rigieron en la Argentina y en muchas otras partes del mundo, e incluso actualmente tienen vigencia como resabio de normativas antiguas en países como España y EE. UU., entre otros.⁵ Si bien el régimen de congelamiento de alquileres en la Argentina data de la década del 20, fue utilizado intensivamente durante el primer Gobierno peronista y tuvo importantes efectos distributivos, especialmente sobre las tierras de uso agrícola. El propósito habitual de estas leyes es proteger a los arrendatarios que por no ser propietarios necesitan conseguir su inmueble alquilándolo en el mercado. El instrumento para proteger al inquilino consistía en congelar el valor del alquiler y prorrogar el vencimiento del contrato.

El resultado habitual de esta regulación fue inesperado para los legisladores porque –si bien puede haber beneficiado a quienes, en ese momento, alquilaban inmuebles– terminó agudizando el problema de escasez de propiedades en alquiler en el mercado. Sobre este ejemplo, el AED aporta como herramienta de análisis la clásica tijera de oferta y demanda de inmuebles, que representa la conducta de inquilinos y propietarios en un mercado al que se le aplica un precio máximo (lo que genera un exceso de demanda). Si bien el objetivo de la norma es beneficiar a los ciudadanos sin vivienda propia, al aplicar el análisis microeconómico se desprende que el resultado de la norma es peor a la situación inicial (figura 2.1). En efecto, solo se benefician quienes son inquilinos al momento de la sanción de la normativa, pero incluso estos enfrentan el problema de transformarse en rehenes de ese beneficio, ya que es difícil conseguir vivienda si desean mudarse. Además, las viviendas alquiladas en estas condiciones sufren de un déficit de

5 En 2007, más de cincuenta municipios del Estado de Nueva York, entre ellos la ciudad capital, participaron de un programa de control de alquileres. Los primeros esfuerzos por controlar las rentas en EE. UU. comenzaron hacia 1920. En la actualidad, la ciudad de Nueva York es la que tiene el programa más antiguo, que data de 1943 y beneficia a más del 46 % de los inquilinos, aproximadamente un millón de residencias sobre un total de 2,1 millones de viviendas en alquiler y 3,2 millones en total. Tan arraigado está este sistema en la cultura económica neoyorquina que la famosa serie de televisión *Friends* transcurre en un departamento de alquiler regulado.

manutención porque los propietarios disminuyen las inversiones al disminuir la renta. Los nuevos inquilinos tienen que pagar precios enormes para compensarle al propietario los riesgos que asume y la oferta de inmuebles en alquiler se reduce, ya que muchos retiran su oferta. El grueso de las operaciones de alquiler se limita a aquellas en las que los propietarios, por razones de parentesco o algún tipo de vinculación personal, pueden asegurarse razonablemente que el inquilino cumplirá un compromiso-contrato pactado libremente entre las partes, diferente al que le obliga la norma jurídica. A su vez, y este punto es importante, no solo se reduce la oferta, sino que también se reduce su crecimiento, ya que cae el estímulo para invertir en propiedades. En el panel 1 de la figura 2.1 se describe el grueso de este resultado que predice el análisis convencional. En efecto, el precio máximo que regula la ley (*P regulado*) es inferior al que alcanzaría el mercado libremente (*P libre*), por lo tanto, a ese precio, la disposición a ofertar (Q_1) es mucho menor a la cantidad de propiedades que habrían ofertado en un mercado liberado (Q_e). La regulación genera un exceso de demanda igual al segmento Q_1Q_2 . De este modo, nos dicen los manuales al uso, el AED representa una herramienta inestimable para evitar el error en el que podría caer un legislador desprevenido al redactar la normativa de regulación de alquileres.

Figura 2.1. Las tijeras del mercado inmobiliario



Sin embargo, el ejemplo mencionado en el box 2 no es del todo feliz porque se basa en un supuesto poco realista del mercado inmobiliario. En efecto, interpreta al mercado de bienes raíces como si produjese una mercancía cualquiera –tan reproducible como un electrodoméstico–, presuponiendo también un comportamiento semejante al de la competencia

perfecta que ofrece bienes homogéneos, todos cuantificables por igual en el eje horizontal de la gráfica. Sin embargo, el mercado inmobiliario definitivamente no es un mercado competitivo porque los inmuebles no son bienes homogéneos, sino que, por lo contrario, cada uno es un monopolio en sí mismo por sus atributos únicos. En efecto, la curva de oferta del mercado inmobiliario no es precisamente elástica (panel 2 de la figura 2.1), especialmente en el ámbito urbano donde la población es densa y prácticamente no existen espacios vacíos. Existe una rama de la economía denominada economía urbana que, entre sus competencias, analiza precisamente el efecto de la escasez de suelo disponible y las características de monopolio que tiene la oferta de cada propiedad, precisamente porque cada inmueble es único en sus características (por su localización, proximidad, accesos, vistas, entre otras).⁶

La ciudad de Nueva York utiliza un régimen de precios máximos de alquileres, precisamente, porque ante una situación de este tipo la población residente puede resultar muy afectada por los incrementos de la demanda. Esto puede conducir a un desplazamiento total de la población residente o a la segregación por ingresos, que no son, necesariamente, objetivos políticos deseables. Por ejemplo, cuando ya se ha utilizado todo el suelo disponible, la curva de oferta se vuelve rígida (vertical punteada en la figura 2.1), por lo que cualquier incremento de la demanda, por ejemplo, una mayor demanda de oficinas, necesariamente, derivará en un incremento de los alquileres que terminará desplazando a la población de la zona y creando el típico microcentro de las ciudades de EE. UU.: una zona de oficinas despoblada de residentes y peligrosa por las noches. A todo esto, se agrega la normativa que impone el plan de ordenamiento territorial, que puede hacer más rígida o más flexible la oferta de suelo urbano, por ejemplo, permitiendo que los edificios ganen en altura en una ciudad de servicios financieros o impidiéndolo para no afectar el perfil del paisaje urbano (*skyline*) en una ciudad turística.

Un buen uso de la microeconomía no debería limitarse al modelo de las tijeras mostrado en el panel 1 de la figura 2.1, sino que debería reconocer estas condiciones características del mercado inmobiliario, los objetivos de desarrollo urbano y las prioridades del planeamiento;

6 Sobre este tema la Corte manifestó su posición en el conocido fallo «Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta s/ consignación SENTENCIA» (1922, 28 de abril), en el que expresa: «Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios».

siendo así, difícilmente llegaría a la conclusión de que dejar el mercado liberado a sus fuerzas es la mejor opción. Por el contrario, recomendaría cobrar impuestos a la renta extraordinaria que gozan los propietarios y promover políticas de vivienda accesible o alguna forma de arraigo de una población que sería expulsada si todo dependiese del mercado. Así, el instrumental de la microeconomía es útil para brindar valiosas recomendaciones a la ciencia jurídica, sin embargo, es necesario que esté sólidamente anclado en la realidad, algo de lo que suele adolecer la economía neoclásica.

2. 3. Objeto de estudio del análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho estudia cómo interactúan la ley y la economía y pone al servicio de este propósito el instrumental de la ciencia económica, básicamente la microeconomía.

El análisis está basado en dos premisas:

- Las leyes generan un precio, explícito o implícito.
- Los agentes –esto es, consumidores y empresas– toman estas leyes (y los precios generados) como dadas, y a partir de ellas, tratan de maximizar su utilidad y beneficio respectivamente.

El precio generado puede ser explícito o implícito. Es explícito cuando el monto está expresado en unidades monetarias predeterminadas, mientras que es implícito cuando hay certidumbre de que existirá un precio, pero no de su magnitud. Un ejemplo de precio explícito es una multa ante una infracción de tránsito, supongamos, de \$ 300 por mal estacionamiento. Un precio mayor, por ejemplo, de \$ 500, hará que disminuya el número de infracciones, de la misma forma que un aumento en el precio de cualquier bien disminuye su demanda. Un precio implícito tiene el mismo efecto disuasorio, por ejemplo, en los casos de sanciones por contaminación o negligencia médica: hay certidumbre sobre su existencia, pero se agrega la dificultad de desconocer su magnitud, el precio pasa a ser incierto.

Una legislación, regulación, norma o dictamen judicial persigue consciente o inconscientemente dos objetivos: eficiencia y justicia. Puede darse el caso de que una misma norma alcance los dos objetivos, por lo que no necesariamente tiene que existir un conflicto entre estos. Pero en muchas circunstancias estos dos objetivos son dicotómicos, pueden divergir, porque una ley eficiente no necesariamente será calificada de justa ni aquello que consideramos justo es necesariamente eficiente desde un punto de vista económico.

En principio, lo que orienta –o debería hacerlo– la actuación del legislador al momento de crear la norma o la actuación del juez al dictar una sentencia es la realización de la justicia posible en ese momento concreto de la historia. Pero no de cualquier manera, sino que la justicia requerida al tiempo de legislar o juzgar debe, a su vez, estar alineada con ciertos criterios de eficiencia que permitan realizar la justicia posible, sin cargar sobre la comunidad los costos producidos por la ineficiencia de la decisión. Lo que, en última instancia, determina que la decisión resulte efectivamente justa o, al contrario, termine siendo calificado de injusto porque no conduce al óptimo de bienestar social.

Aquí se manifiesta el dilema milenario del derecho, a saber: ¿puede una sentencia, o una norma, ser contraria a la justicia y además pertenecer al orden jurídico de un Estado de derecho? O, simplemente, ¿la norma injusta es una posición del poder establecido y, en consecuencia, ajena y en contradicción irreductible con el derecho?

2. 4. Eficiencia versus justicia

En el campo del análisis económico del derecho existe un buen consenso sobre qué se considera eficiente; mientras que, por el contrario, la concepción sobre lo que es justo es más movедiza, se modifica con el paso del tiempo y también varía entre las distintas culturas, por ello su conceptualización científica es más ambigua y, en consecuencia, más compleja su aprehensión.

2. 4. 1. Eficiencia

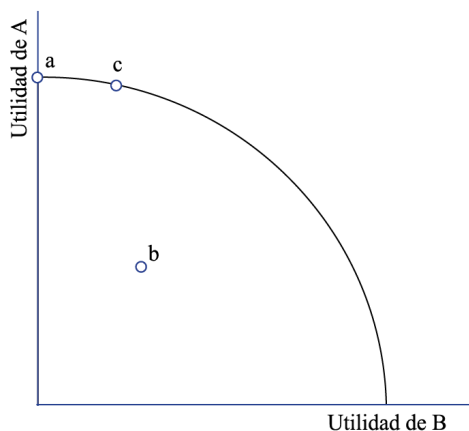
¿Qué se entiende por eficiencia? En economía, usualmente hablamos de dos tipos de eficiencia: productiva y asignativa. Por *eficiencia productiva* o *técnica* entendemos a la capacidad de obtener el mayor producto posible con la menor utilización de recursos, es decir, al menor costo posible. Otra forma de expresar la eficiencia productiva es comparando dos situaciones alternativas, *S1* y *S2*. Se dice que *S1* es más eficiente si, al menos, se produce más de un bien sin producir menos de ningún otro, que en el estado *S2*. Por *eficiencia asignativa* nos referimos a la capacidad de un sistema económico para distribuir recursos económicos entre distintas alternativas.⁷ El italiano Vilfredo Pareto desarrolló uno de los criterios

7 Otro concepto asociado es el de eficiencia distributiva, que se relaciona con la capacidad del sistema económico para disponer sus recursos entre la población de modo que permita alcanzar el mayor nivel de bienestar.

más habituales para definir la eficiencia asignativa –que es extensamente utilizado por la teoría microeconómica neoclásica– y, a su vez, uno de los que tiene más limitaciones a la hora de ser aplicado en la realidad y, sobre todo, en el ámbito del análisis económico del derecho. En otras palabras, la eficiencia productiva brinda instrumentos para evaluar si no hay desperdicios en la actividad productiva y la eficiencia asignativa nos informa si la distribución de recursos entre distintas alternativas es la que conduce al mayor bienestar. Como veremos, el concepto de eficiencia de Pareto tiene un alcance restringido porque permite discernir entre diferentes escenarios solo en circunstancias muy acotadas, lo que limita seriamente su utilidad.

De acuerdo con el criterio de eficiencia asignativa de Pareto, una situación $S1$ es superior (o pareto-superior) a $S2$ cuando todas las partes involucradas en $S2$ están, por lo menos, en iguales condiciones que en $S1$, mientras que en $S1$ al menos una de las partes está mejor. Decimos que una situación es óptima en el sentido de Pareto (o pareto-óptima) cuando no es posible que algún individuo mejore su posición sin que empeore la de otro. Se alcanza así el máximo de eficiencia asignativa.

Figura 2. 2. Frontera de posibilidades de utilidad



En la figura 2.2 se muestra una frontera de posibilidades de utilidad correspondiente a dos individuos, A y B, que en el ejemplo representan la sociedad y pueden intercambiar voluntariamente en el mercado entre ellos. La frontera es cóncava al origen y representa los *locus* de la máxima utilidad social que puede alcanzarse para este conjunto de dos individuos. La concavidad de la curva responde al hecho de que la utilidad marginal

de cada individuo es decreciente, esto es que, a medida que aumenta su consumo, cada vez es menor la utilidad que le brinda la unidad de consumo adicional. En otras palabras, a medida que aumenta la saciedad, disminuye la satisfacción que brinda el consumir una unidad más.

Si partimos desde un punto de frontera como *a*, donde el individuo A es el único que consume, la utilidad de B aumenta mucho a medida que empieza a consumir mientras que la utilidad de A apenas si disminuye. Gráficamente nos desplazamos sobre la curva de frontera de utilidad hacia la derecha y, prácticamente, no hay desplazamiento hacia abajo porque los consumos de B, como son los primeros, le brindan mucha utilidad, mientras que A, prácticamente, no tiene pérdida de utilidad porque deja de consumir las unidades que menos valora (su alto nivel de consumo explica que las últimas unidades consumidas le reporten poca utilidad, todo lo contrario que a B).

Un punto interior a la frontera representa una situación de ineficiencia. Una transacción entre ambos podría acercarlos a la frontera. Por ejemplo, supongamos que el individuo A posee un celular con un sistema de localización geográfica (GPS) que no utiliza, por lo que el valor que en definitiva le asigna al celular es el vinculado al servicio de comunicación que le brinda, supongamos que le asigna un valor monetario de \$ 100. Por el contrario, al individuo B le interesa este servicio de localización, por lo que valora el mismo celular en \$ 1000. Esta situación hipotética está representada en la figura 2.2 por el punto interior *b*, donde se observa que existe un excedente potencial de \$ 900 que podrían repartirse de alguna forma entre ambos si realizaran una transacción, con lo que se alcanzaría la frontera. Como la transacción es voluntaria y entre individuos racionales, suponemos que A nunca venderá el celular por debajo del valor que le asigna (\$ 100) ni B lo comprará a un precio superior a la máxima valoración que hace del objeto (\$ 1000). Si no se realiza la transacción, la utilidad total es equivalente a \$ 1100, es decir, la suma de las utilidades de A (que valora en \$ 100 el disfrute del celular) y de B (que posee \$ 1000 en efectivo). Si se realiza la transacción al precio de \$ 1000, B alcanzará una utilidad equivalente a los \$ 1000 que pagó, mientras que A alcanzará una utilidad equivalente a los \$ 1000 que recibió, la utilidad total (suma de las utilidades de A y B) será de \$ 2000. Si, en cambio, la transacción se hace al precio de \$ 100, la utilidad de A será equivalente a los \$ 100 que cobró, mientras que la de B será equivalente a los \$ 1000 en los que valora el aparato más el resto del dinero (\$ 900) que queda en su poder. La utilidad total es equivalente a \$ 2000. Cualquiera sea la distribución de ese excedente entre los dos individuos, ninguno de los dos estará peor que en el punto de partida y al menos uno de ellos estará mejor; habrán alcanzado un punto de frontera.

Los desplazamientos hacia el noreste representan mejoras paretoianas porque son eficientes en el sentido de Pareto, es decir que ninguno de los involucrados empeorará su posición y al menos uno mejorará; un movimiento hacia el este representa un aumento de la utilidad de B sin afectar la utilidad de A, mientras que un movimiento hacia el norte implica un aumento de la utilidad de A sin afectar la de B. Todos los puntos ubicados sobre la frontera representan estados pareto-óptimos, esto es, no existe un intercambio posible entre A y B sin que al menos uno de ellos empeore su situación. Sabemos que estamos en la frontera precisamente porque no es posible aumentar el bienestar de uno sin que empeore el del otro.

Debe tenerse en cuenta que un punto pareto-óptimo no necesariamente es alcanzado a través de movidas pareto-superiores. No todo punto sobre la frontera es pareto-superior a todos los puntos interiores a esa frontera. Por ejemplo, el punto *a* es eficiente en el sentido de Pareto, pero no es pareto-superior al punto *b* porque no puede llegarse desde el punto interior *b* hasta *a* sin que el individuo B salga perjudicado. Es decir, los puntos de frontera son eficientes en el sentido de Pareto, pero no necesariamente son puntos superiores en el sentido de Pareto a todos los puntos inferiores. En efecto, pueden darse movidas asignativas que, sin ser pareto-superiores, conduzcan a una posición eficiente en el sentido de Pareto. Un punto de frontera solo será pareto-superior respecto a los puntos interiores que se encuentren al sudoeste. También es importante señalar esta seria limitación del criterio de Pareto, ya que, partiendo de un punto inicial, hay varios puntos pareto-superiores a este y no existe un criterio de eficiencia que nos permita dilucidar cuál de ellos es mejor, porque no son pareto-comparables, como sí lo son respecto al punto de inicio.

Para dilucidar qué distribución es mejor entre todos los puntos de frontera, necesariamente debe recurrirse a criterios de justicia. En el ejemplo del celular con GPS, las dos soluciones alcanzadas son extremas en el sentido de que el excedente es atribuido completamente a A o a B y no se reparte entre ambos. El criterio de eficiencia no permite dilucidar cuál de estas soluciones es mejor, mientras que un criterio de justicia, tan básico como la antigua regla medieval del mediero, aconsejaría repartir el excedente por mitades.

Ya Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, al hablar de justicia retributiva o correctiva dice:

Porque lo que toma más del bien y menos del mal es ganancia, y lo que al contrario de esto es daño o perjuicio, de las cuales dos cosas es el medio lo igual, que es lo que llamamos justo. De manera que lo que corrige y enmienda los contratos, es lo justo y el medio entre

el perjuicio y la ganancia. Y así, cuando dos contienden sobre esto, luego acuden al juez, e ir al juez es lo mismo que ir a lo justo. Porque el juez no se pretende que es otra cosa que una justicia que habla. Y buscan un juez medio, y algunos lo llaman medianeros, porque si alcanzan el medio alcanzan lo que es justo. De manera que lo justo es una medianía, pues lo es el juez mismo que lo juzga. Ni hace otro el juez sino igualar, de la misma manera que una línea en dos partes dividida, tanto cuanto más la una parte excede de la mitad, le quita y le añade a la otra parte. Pero cuando el todo estuviere en dos iguales partes repartidos, entonces dicen que tienen cada uno lo suyo [...] De manera que lo justo es el medio entre cierta pérdida y ganancia. (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1984, p. 161-163)

Toda sanción judicial es también una regla distributiva entre las partes afectadas. Al comparar la eficiencia que se deriva de una transacción voluntaria frente a la que genera un dictamen judicial, vale decir que todo intercambio o transacción voluntaria es pareto-superior –siempre y cuando no haya fallos de mercado– porque nadie realizará voluntariamente una transacción que lo perjudique. En cambio, un dictamen judicial –por lo general– definirá ganadores y perdedores, es decir, soluciones pareto-inferiores, no solo porque el juez no conoce las valoraciones individuales, sino porque, al dictaminar, el juez está definiendo ganadores y perdedores. Es por eso que el cumplimiento estricto de los contratos, tal como fueron diseñados de acuerdo a la voluntad de las partes, es casi la única regulación judicial pareto-superior.⁸

Por ese motivo, cuando las alternativas no son pareto-superiores, como las que predominan en los casos que demandan un dictamen judicial, recurrimos a un criterio de eficiencia asignativa diferente. Consideramos que la norma será eficiente si el beneficio de los ganadores es superior al perjuicio de los perdedores. Esta mayor cuantía permitiría a los ganadores compensar el perjuicio a los perdedores y, aun así, mantener algún beneficio (aunque de hecho la compensación no se lleve a cabo). Este criterio de eficiencia se denomina Kaldor-Hicks. Cabe notar que es posible que esta medida de eficiencia sea pareto-superior si las compensaciones a los perdedores efectivamente tuviesen lugar, lo que los mantendría en la misma posición que antes del cambio.

8 Obviamente nos referimos a contratos perfectos, sin que existan situaciones que permitan inferir alguna afectación a la voluntad expresada en estos, como la coerción, la imprevisión, la lesión, asimetría de información o de poder, entre otras causales que vician la legitimidad de la voluntad expresada en el contrato.

2. 4. 1. 1. Aclaraciones adicionales

El concepto de eficiencia paretiana es diferente al criterio de utilidad global, que es la suma cardinal de las utilidades personales. Para saber si una situación es mejor a otra, siguiendo el concepto de utilidad global, deberíamos hacer un análisis costo-beneficio que determine si la pérdida de utilidad de A es compensada por la mejora en la utilidad de B. Para evaluar el impacto de una orden judicial, por ejemplo, bastaría con comparar cardinalmente las utilidades interpersonales de los afectados. Esto requiere utilizar un patrón común de medida para la utilidad. ¿Cuál es la relación entre la utilidad global y el concepto de eficiencia paretiana? Sabemos que toda movida pareto-superior, aumenta la utilidad global, porque no hay nada que restar. Por el contrario, toda mejora de la utilidad global no necesariamente implica una movida pareto-superior, porque esta puede haberse logrado con una pérdida para alguna de las partes.

El criterio de eficiencia Kaldor-Hicks es similar al de utilidad global y requiere un patrón de medición que permita la comparación interpersonal. A menudo suele recurrirse a la medición de la riqueza monetaria que se gana y se pierde. Así, bajo una interpretación monetaria del concepto de eficiencia Kaldor-Hicks, podríamos afirmar que un cambio es eficiente si conduce a una mayor riqueza.

En resumen, disponemos de dos criterios de eficiencia asignativa, el de Pareto y el de Kaldor-Hicks. En general, se utiliza el paretiano siempre que se pueda, es decir, siempre que no haya perdedores; en el caso contrario, se utiliza el de Kaldor-Hicks.

En el ámbito del derecho, salvo los contratos, no existen regulaciones jurídicas que no impliquen un perjuicio para alguna de las partes. En la práctica, un dictamen legal o una regulación generan ganadores y perdedores, por lo que el criterio de Pareto tiene serias limitaciones para ser utilizado en el ejercicio del derecho y en el diseño institucional de las normativas. Otra limitación del criterio de Pareto va más allá de su falta de utilidad práctica y consiste en que esta implica una postura normativa conservadora al extremo. Situaciones de extrema desigualdad asignativa –entre pobres y ricos o entre trabajadores y capitalistas, por ejemplo– son justificadas por el criterio de eficiencia de Pareto, ya que cualquier cambio distributivo necesariamente implica un perjuicio para unos y una ganancia para los desfavorecidos. Toda la actividad redistributiva del gobierno, una de las principales razones de ser del Estado moderno, no tiene cabida bajo el criterio de Pareto porque implica un perjuicio para los contribuyentes. Ya sea que las cargas públicas se financien con estructuras tributarias progresivas, proporcionales o incluso regresivas, el criterio de Pareto las rechazaría a todas por ineficientes,

demostrando ser un criterio extremadamente conservador que atenta contra las mismas bases de solidaridad que ha cimentado la creación de los modernos Estados de bienestar.

2. 4. 2. Justicia

La justicia se encuentra en el centro de todo ordenamiento jurídico y, de esa manera, se constituye en su base y sustento; en mayor o menor medida, todos los autores la reconocen como tal. La discusión y los disensos comienzan cuando se trata de determinar la extensión y contenido con que se utiliza el concepto, «la cuestión básica es, pues, la de si existe algo así como un derecho de valores y leyes morales identificables por el hombre, que determinen su obrar y constituya una parte del mundo en que vive» (Coing, 1961, p. 32).

No cabe duda de que el hombre actúa como un creador al momento de establecer una norma jurídica o dictar una sentencia, pero también es dable observar que, para que sea legítima, esa creación humana no debe construirse mediante la arbitrariedad; por el contrario, la decisión jurídica legítima, para el momento histórico del que se trate, debe estar impregnada con las convicciones colectivas vivas en el seno social, referidas a diversos valores de orden ético, moral, religioso, cultural, entre otros.

Este aspecto de la ciencia jurídica, que se ha denominado la *idea del derecho*, se refiere a la existencia de objetivos metajurídicos en la determinación concreta de la norma. Se plantea que en la idea del derecho se manifiesta una conexión entre los valores y el derecho, y es aquí donde el orden jurídico penetra en el mundo de los valores. En consecuencia, la idea del derecho se refiere a la adecuación de este a los valores éticos develados por el hombre y, por su intermedio, interpolados en la comunidad. Así, para esta visión del orden jurídico, se puede concluir que el derecho es la ordenación de la razón a la justicia.⁹

Básicamente se han desarrollado dos corrientes a lo largo de la historia que, con diversos ropajes, se han enfrentado en cuanto al contenido y extensión que se le da a la idea de justicia; nos referimos al derecho natural y al positivismo jurídico. En algunos momentos, los exponentes de cada corriente han exacerbado su posición, en otros, han intentado desarrollar posiciones más eclécticas.

Así, desde los primeros momentos de la especulación filosófica de Occidente, Platón pone en boca de Sócrates el mito de la caverna, en el

9 De acuerdo a la clásica definición de Santo Tomás de Aquino referida a la ley humana como la «ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quién tiene a su cargo el cuidado de la comunidad».

que expresa que conocer es tan solo recordar, ya que antes –en el Hades– estuvimos en contacto directo e inmediato con las esencias eternas e inmutables de todo lo que existe, entre ellas, la esencia de la justicia.

Por otra parte, se yergue la figura de Protágoras quien proclama que el hombre es la medida de todas las cosas, es decir, que las cosas no tienen medida, sino que es el hombre quien se las otorga y atribuye. Entre las cosas medibles por el hombre se encuentra la idea de justicia, en consecuencia, su contenido y extensión jamás pueden ser eternos e inmutables, por el contrario, varían según el lugar, según la época, incluso, según la idea que dos hombres contemporáneos puedan tener sobre la justicia frente a un caso concreto.

A grandes rasgos, y sobre esta misma dicotomía, se desarrollaron a lo largo de la historia jurídica de Occidente dos grandes escuelas: la del derecho natural o iusnaturalismo y la del derecho positivo o iuspositivismo.

2. 4. 2. 1. El derecho natural o iusnaturalismo

El derecho natural ha expresado a lo largo de la historia la existencia de principios jurídicos eternos e inmutables, válidos para todos los tiempos, para todos los pueblos y para todas las naciones, más allá de las consideraciones situacionales de tiempo y espacio que correspondan a cada grupo social concreto.

La consecuencia de esta corriente en la vida cotidiana de los pueblos es que el derecho positivo –es decir, el derecho puesto por los órganos especializados de la comunidad jurídica– no puede encontrarse en contradicción con los principios del derecho natural, so pena de considerar al derecho como ilegítimo. La acción de los órganos del Estado debe analizarse de la misma manera, ya que si estos violan los derechos de las personas en su actuación cotidiana la actuación resulta ilegítima y, en consecuencia, contraria al orden jurídico. Concretamente, si en una comunidad específica se establece una norma o el Estado ejerce el poder de una forma que violenta los principios del derecho natural, en cabeza de cada individuo nace el derecho de resistencia a la opresión contra la norma o el ejercicio del poder injusto, o sea, contra una estructura estatal despótica o tiránica.

El derecho de rebelión o resistencia a la opresión es el derecho reconocido a los individuos de rebelarse ante un gobierno opresor, que se califica como tal ya sea porque deniega los derechos de las personas o porque quebranta las instituciones políticas determinadas por el cuerpo electoral. En términos generales, la doctrina ha descripto este instituto como el derecho que tiene toda sociedad de hombres libres y dignos para enfrentar al despotismo; es un derecho de legítima defensa de las personas contra la tiranía. Cabe aclarar que nosotros lo hemos definido como el derecho que

tienen las personas individualmente, ya que la sociedad o comunidad no resulta ser titular de derecho alguno, por el contrario, los titulares de cualquier derecho son las personas que, como individuos humanos, integran de manera indisoluble la vida y el destino de los pueblos.

Sobre esta cuestión particularmente se destacan las afirmaciones de John Locke en su obra *Ensayo sobre el gobierno civil*, donde fundamenta la división de poderes y el derecho a la rebelión, con la convicción de que el gobierno es obra del pueblo y este lo mantendrá en la medida que sea un instrumento para la realización del bien común; de lo contrario, sobre la base de la violación de los principios del contrato social suscripto, cada individuo recupera para sí su libertad originaria y, en consecuencia, la estructura política queda disuelta (Locke, 1983).

Este derecho fue reconocido por los autores de la antigüedad clásica y también tuvo sanción positiva en instrumentos centrales para la formación jurídico-política de nuestro tiempo. En la Declaración de Derechos de Virginia, de 1776, el tercer artículo dice:

Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común. (Convención de Delegados de Virginia, 1776, 12 de junio)

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, dispone en su segundo artículo: «La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

Nuestra Constitución, reformada en 1994, incorporó en su artículo 36 –de defensa del sistema democrático– el derecho a la resistencia contra la opresión:

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos

de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Los autores enrolados en esta corriente iusnaturalista, al plantear que los principios del derecho natural son eternos e inmutables, se refieren a esos principios cuyas esencias se mantienen inmutables en el decurso, no a la captación que de ellos hacen los hombres en las distintas etapas evolutivas de la sociedad humana, ya que es evidente que, a cada momento histórico, el conocimiento de estas esencias es más pleno. En este sentido, puede observarse la evolución operada a lo largo del tiempo, por ejemplo, respecto a la esclavitud, el trabajo asalariado, el rol de la mujer en la sociedad, la protección del medio ambiente, el reconocimiento de los derechos de los usuarios y consumidores, entre otros.

Así, lo que se modifica en el tiempo es el conocimiento de los principios establecidos por el derecho natural, no ellos mismos. Con esta orientación se elaboraron los principios de no regresividad y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos.

Esta convicción jamás fue unánime ni pacíficamente aceptada; al contrario, al iusnaturalismo se le oponen aquellas corrientes enroladas en el iuspositivismo.

Coing sintetiza las críticas del positivismo en este párrafo:

Desde antiguo se presentan como una doctrina desenmascaradora. Los sentimientos morales de valor, la supuesta aspiración a la justicia, no son más que un engaño y, en el mejor de los casos, un autoengaño subjetivamente creído. En realidad, no existen tales sentimientos y aspiraciones. (1962, p. 110)

2. 4. 2. 2. El derecho positivo o iuspositivismo

Los positivistas niegan con mayor o menor énfasis la existencia del derecho natural. Plantean que existe un solo derecho, que es el derecho puesto

por el imperio del Estado y que nada tiene de relación con la moral, la ética o la justicia, ni con cualquier otro valor de naturaleza subjetiva.

En su *Teoría pura del derecho*, el jurista Hans Kelsen dice que:

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el Derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del Derecho y no una política jurídica [...] En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden –o tal norma jurídica– es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo [...] Además la idea de justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido para siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido que varían al infinito [...] Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente [...] La teoría pura desea combatirlas exponiendo el Derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es o lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. (1974, pp. 15, 60, 61)

Así, el derecho es el conjunto de normas jurídicas establecidas en un tiempo y espacio determinado, mediante un procedimiento formalmente válido, sin detenerse en su relación con la moral, la ética e inclusive con la justicia. De manera tal que una norma de derecho positivo puede resultar inmoral, antiética y aun injusta sin que ello afecte de manera alguna su validez.

La validez de la norma que forma parte del derecho positivo, o su propia existencia como integrante de determinado orden jurídico, se sustenta en dos cuestiones:

- En primer lugar, la validez formal, que significa que debe ser dictada conforme a ciertas convenciones preestablecidas; lo que implica la competencia formal del órgano creador de la norma, la observancia del procedimiento establecido para la creación de ese tipo de normas y, por último, que el sujeto normativo actúe dentro del ámbito material de regulación atribuido.

- En segundo lugar, la validez material, que implica la adecuación del contenido de la norma dictada a otra de carácter superior hasta llegar a la constitución del Estado, en su carácter de norma fundante sobre la que se construye todo el orden jurídico estatal.

Así, la justicia o injusticia de una norma no resulta trascendente para esta corriente ya que la idea de justicia se trata de una convicción subjetiva y relativa, que no puede válidamente oponerse a lo que disponen los órganos especializados de la comunidad política.

El autor que con mayor éxito ha atacado los fundamentos del derecho natural es el notable jurista Hans Kelsen quien, de alguna manera, ha coronado y conceptualizado con mayor rigor científico todas las expresiones del positivismo. Luego de Kelsen y del triunfo de su posición durante buena parte del siglo xx, se observa un retorno a las fuentes de la conciencia.

Kelsen (1974) hace un aporte central sobre esta cuestión:

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres [...] Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo [...] La naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa [...] Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado, pero la mayor parte de sus partidarios y, especialmente, los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudoracionalista. (p. 101)

Luego se detiene a explicar las opiniones de los autores a los que hace referencia y continúa:

La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral lo que debe ser. Al identificar las leyes de la naturaleza con las reglas del derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que

es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico [...] No es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera puestas por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran absolutos y objetivos son solamente subjetivos y relativos [...] La doctrina del derecho natural, al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece por lo tanto de interés para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En todo caso, la crítica del positivismo a la escuela del derecho natural se puede reducir a tres criterios:

- Relativismo ético: Plantea la inexistencia de principios morales atemporales. En su lugar, simplemente, existen juicios subjetivos, criterios o pareceres personales articulados con la realidad e intereses concretos, en los que se encuentra inmersa la persona que formula el juicio. Ello implica que no existe posibilidad alguna de formular un juicio de valor que supere la mera especulación individual.
- Condicionamiento situacional del derecho: El orden jurídico se encuentra condicionado por el espacio y el tiempo. Diversas comunidades resuelven situaciones similares de manera contradictoria, asimismo, el derecho cambia en el tiempo y de un lugar a otro. En consecuencia, no tiene sentido hablar de un derecho válido para todos los tiempos y todos los lugares.
- Unidad del derecho: No es posible que una misma conducta esté regulada al mismo tiempo por dos órdenes jurídicos distintos, de manera tal que no tiene sentido la existencia de dos órdenes –el natural y el positivo– ya que cuando ambos coinciden no tiene trascendencia la dualidad y cuando se encuentran en contradicción se aplica el derecho positivo, de manera tal que el orden del derecho natural no tiene razón de ser.

2.5. Conclusión

Para finalizar este capítulo, si bien resulta indiscutible afirmar que el derecho representa una posición del poder preestablecido y que en su formulación se encuentra con un material previo, dado por el orden del

poder y de la propiedad existente en la sociedad concreta de que se trate; no es menos cierto que el derecho intenta –en todo momento– la incorporación de mayores porciones de justicia en la realidad de cada pueblo, comunidad, grupo, sociedad o institución.

En este sentido, es notorio el éxito de las técnicas del constitucionalismo moderno y del derecho internacional de los derechos humanos, en sus propósitos de limitar el poder. El primero, estableciendo un sistema de frenos y contrapesos –que se encuentra por encima de la voluntad de las personas que integran los órganos de gobierno– al ejercicio del poder del Estado. El segundo, estableciendo una esfera de derechos, absolutamente exigibles, en cabeza de cada una de las personas que integran la comunidad que sufre una violación a sus derechos.

El derecho se nos manifiesta como un orden en las relaciones sociales, que se encuentra íntimamente unido a la vocación individual de cada miembro de la comunidad, que orienta y conmina a los individuos a la búsqueda constante de formas superiores de vida. Esto permite afirmar que, precisamente, el derecho se encuentra ordenado a la realización de lo justo y la justicia. Para comprender cabalmente esta afirmación basta con detenerse en cualquier instituto jurídico que queramos analizar: la propiedad, el matrimonio, el trabajo, la patria potestad, la igualdad de género, entre otros; en cualquiera de ellos podemos observar con nitidez que la regulación actual es muy superior –en cuanto a una mayor captación de la justicia en la relación concreta de que se trate– a la regulación anterior.

De manera tal que podemos concluir válidamente, en esta instancia de nuestro análisis, que la eficiencia y la justicia no se encuentran en contradicción, toda vez que una posición jurídica ineficiente atenta contra el bienestar general y, por lo tanto, deviene en injusta. De la misma manera, es razonable afirmar que una solución, pretendidamente eficiente, que no tenga en cuenta las convicciones jurídicas vivas en el pueblo al que está dirigida concluirá en un rotundo fracaso.¹⁰

En conclusión, la realización de lo justo –como idea central del orden del derecho– y de la eficiencia –como sustento de la economía– deben

10 En este sentido, si en una ciudad concreta –para superar la falta de empleo– se autoriza la radicación de una industria altamente contaminante y con tecnología obsoleta, la solución que se nos presenta como eficiente en una primera instancia, a poco andar, demostrará su absoluta ineficiencia, contradiciendo las convicciones de nuestro tiempo. Basta para ello citar el informe de la Comisión Mundial sobre Medioambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, denominado *Nuestro futuro común* o Informe Brundtland (1987), que define al desarrollo sustentable como aquel «que garantiza las necesidades del presente, sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras».

encontrarse y potenciarse en la consolidación del bien común, ya que tanto una solución que se pretende justa pero ineficiente como una solución que se pretende eficiente pero injusta son contradicciones intolerables que se manifiestan como antinomias o paradojas.

Capítulo 3

Análisis económico del derecho de propiedad **(property law)**

La propiedad es uno de los temas más controvertidos de las ciencias sociales y jurídicas. Para Pierre-Joseph Proudhon, es la simiente de todos los males sociales y dictamina sin atenuantes que «la propiedad es un robo» y «las posesiones de los ricos son propiedad robada»; en su obra *¿Qué es la propiedad?* (1973 [1840]) afirma: «Si tuviera que contestar a la siguiente pregunta: “¿qué es la esclavitud?” y respondiera en pocas palabras: es el asesinato, mi pensamiento, desde luego, sería comprendido [...] ¿Por qué razón, pues, no puedo contestar a la pregunta “¿qué es la propiedad?”, diciendo concretamente: La propiedad es un robo». Proudhon continúa su análisis sobre este tema diciendo:

El pueblo finalmente consagró la propiedad [...] ¡Dios lo perdone, porque no supo lo que hacía! Hace cincuenta años que expía este desdichado error. Pero, ¿cómo ha podido engañarse el pueblo, cuya voz, según dicen es la voz de Dios y cuya conciencia no yerra? ¿Cómo buscando la libertad y la igualdad, han caído de nuevo en el privilegio y en la servidumbre? [...] El derecho romano definía la propiedad como el derecho de usar y de abusar de las cosas [...] El propietario es dueño de dejar pudrir los frutos en su árbol, de sembrar sal en su campo, de ordeñar sus vacas en la arena, de convertir una viña en erial, de transformar una huerta en monte. ¿Todo esto es abuso, sí o no? En materia de propiedad el uso y el abuso se confunden necesariamente [...] El Código de Napoleón en su art. 544, consigna que: «La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, en tanto no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes y los reglamentos» [...] Ambas definiciones reproducen la del derecho romano: todas reconocen al propietario un derecho absoluto sobre las cosas. Y en cuanto a la restricción determinada por el Código, al decir en tanto no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y los reglamentos, dicha restricción tiene por objeto no limitar la propiedad, sino impedir que el dominio de un propietario sea obstáculo al dominio de los demás. Es una confirmación del principio, no una limitación. (Proudhon, 1973, pp.19-46)

Mientras que para Friedrich August von Hayek, se trata del origen de todas las virtudes: «la propiedad privada es la mayor garantía de libertad, no solo para los propietarios, sino casi por igual para quienes no poseen» (1945). Es un concepto que ha generado desde todos los tiempos una enorme predisposición anímica de los mejores talentos, en algunos casos para afirmarla, en otros para denostarla, la que por tanto demanda una exposición detallada que defina con precisión el concepto, se explique sobre el origen de la propiedad, la evolución del derecho y su justificación económica.

3.1. Qué entendemos por derecho de propiedad

Antes de ahondar sobre el origen de la propiedad, analizaremos qué entendemos por derecho de propiedad y cuáles son sus efectos económicos, con la advertencia inicial de que el derecho de propiedad ha mutado y sigue evolucionando en un reflejo del avance imparable hacia una mayor complejidad que muestra nuestra sociedad humana. La concepción más rudimentaria y antigua del derecho de propiedad, comprende los derechos:

- A usar el bien.
- A percibir sus frutos.
- A excluir a los demás del disfrute de tales usufructos.

Estos derechos son muy relevantes en sentido económico porque permiten recompensar al propietario por su esfuerzo, impidiendo que otros individuos se apropien de los frutos del mismo. Además, genera un valioso incentivo que estimula la producción y desincentiva las conductas parasitarias al excluir a los demás del goce y prohibir la apropiación del bien.

Una evolución posterior, que surgió a partir de estos derechos básicos, fue el derecho a transferir la propiedad. Este derecho también es muy relevante por sus efectos económicos, ya que estimula el intercambio y la especialización, premiando la creatividad humana y su capacidad para desarrollar herramientas, por ejemplo. Además, permite que la propiedad esté a disposición de quien más la valore, garantizando una asignación eficiente de los recursos. Una transacción realizada voluntariamente entre seres libres garantiza, bajo ciertas condiciones, que los individuos que participan van a estar mejor tras realizarla que antes de hacerla. Por ejemplo, si usted transfiere a otro la propiedad de una bicicleta –vendéndola o canjeándola– es porque, como mínimo, valora lo que obtuvo por la venta o canje en lo mismo que valoraba la bicicleta de la que se desprendió. Si no fuese así, no habría accedido a hacer la

transacción. Lo mismo sucede para el comprador. Una transacción voluntaria implica que nadie pierde y al menos uno de los participantes –con suerte todos– podrá mejorar su situación. Para algunos autores (Horan, Bulte y Shogren, 2005), la capacidad de intercambiar –es decir, transferir bienes– es un atributo único del *Homo sapiens*, una característica singular que lo ha distinguido de otras especies y homínidos como el *Homo neanderthalensis* y le ha generado una ventaja evolutiva diferencial que está en la raíz de su éxito como especie.

Otro derrotero importante en la evolución del derecho de propiedad ha sido el de transmitir la propiedad intergeneracionalmente, es decir, el derecho a heredar. Los efectos económicos de la herencia son también económicamente relevantes, no solo porque estimulan el ahorro y la acumulación –inspirados en un acto de generosidad hacia los descendientes–, sino también porque generan efectos muy negativos sobre la desigualdad y la movilidad social de cada generación. Digamos que antes de que existiera esta institución jurídica, con cada generación se barajaba y empezaba de nuevo la lucha por la distribución de la riqueza. Así, mientras que la herencia, por un lado, estimulaba el ahorro y disminuía los conflictos asociados a esta lucha distributiva, por el otro, transfería la desigualdad de cada generación a la siguiente, empeorándola a medida que una estirpe acumulaba más riqueza de generación en generación.¹

La evolución del derecho de propiedad no siempre se tradujo en mayores derechos a favor de los propietarios; por ejemplo, otra faceta muy antigua en la evolución de este es el instituto de derecho público conocido como *derecho de expropiación*. Este consiste en la transferencia coactiva de la propiedad privada desde su titular al Estado mediante el pago de una indemnización. Esta institución empodera al Estado, permitiéndole enajenar a su favor cualquier propiedad en aras del bien común –con un fin de utilidad pública (como la construcción de un camino) o de interés social (no solamente debe estar justificado por casos de extrema necesidad)–, y representa un límite concreto al derecho de propiedad absoluto, que es casi tan antiguo como la propia existencia del Estado.

El derecho moderno impone a los propietarios numerosas restricciones que, en general, están inspiradas en la defensa de un bien mayor que sería lesionado por el ejercicio absoluto del derecho de propiedad. El derecho a un medio ambiente limpio y sano, el de los consumidores a ser protegidos del poder de los monopolios o el que la moral humana le ha

1 No cabe duda de la relevancia económica y social que implica la disputa por la riqueza en ausencia de reglas claras de transmisión de la propiedad de generación en generación. La balcanización (fragmentación) del imperio logrado por Alejandro Magno, tras su muerte, fue el resultado de la falta de herederos claros.

reconocido a los animales –que no se manifiesta como derechos de los animales, sino como obligaciones de las personas– son ejemplos palmarios de restricciones ubicuas y no tan modernas que le imponen límites a los propietarios. Estos derechos impiden a los dueños usar o abusar de los bienes o animales de su propiedad y afectar al medio ambiente, a los consumidores o a los derechos (por llamarlos de alguna forma) reconocidos a los animales.

Otro ejemplo palmario de restricciones al derecho de propiedad justificadas en la defensa de un bien mayor es el de las restricciones a la edificabilidad que las autoridades urbanas imponen a los propietarios de bienes inmuebles a través de los planes de ordenamiento territorial municipales. Estos planes establecen parámetros de construcción tales como la superficie de implantación, los metros cuadrados máximos de construcción, los retiros mínimos respecto de los límites del terreno y en muchas ciudades hasta restringe la libertad de elegir el estilo arquitectónico. La propiedad de un terreno es un derecho, pero construir sobre él es otro derecho diferente que depende de la regulación municipal, inspirada en un derecho superior: el bien común del buen vivir en sociedad. La falta de planeamiento urbano habitualmente conduce a males sociales como la segregación social, la violencia urbana, la pérdida de competitividad y una mala calidad de vida. Por ello, incluso las sociedades más capitalistas y menos proclives al planeamiento cuentan con rígidas regulaciones de construcción que se ponen al servicio de la planificación urbana. En otras palabras, la propiedad de un bien raíz no otorga el derecho a emplear el inmueble de la forma que le plazca al propietario.

En el derecho argentino, el art. 1.071 del Código Civil (CC), incorporado por la Ley 17.711 decía:

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

En el Código Civil y Comercial (CCC), el abuso del derecho se trata en el capítulo 3 del título preliminar. Los artículos 9 a 11 disponen:

Artículo 9. Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Artículo 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo

de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Artículo 11. Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

A su vez, la propia Constitución Nacional (CN), en el art. 14, reconoce el derecho de «usar y disponer de su propiedad [pero] conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio». En definitiva, nuestro derecho le impone una serie de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, determinando diversos límites establecidos por la moral, por las necesidades de convivencia, por el interés público, por pautas que surgen del buen vivir en comunidad o, simplemente, por cuestiones de estricta justicia. Nuestro derecho ha dejado una puerta abierta para que el espíritu de los tiempos determine los límites que le caben al derecho de propiedad. En ningún sistema jurídico existe un derecho de propiedad absoluto, sino que el ejercicio de los derechos que el orden jurídico ha puesto en cabeza de cada quien, debe ejercerse dentro de los claros y precisos límites que nacen de la vida en comunidad. A grandes trazos puede afirmarse que, a medida que las sociedades se urbanizan y ganan en complejidad, el derecho de propiedad gana en restricciones.

3. 2. Tipos de propiedad

Existen básicamente cuatro tipos de propiedad definidos en función de la capacidad de exclusión que se desprende del ejercicio del derecho de propiedad. La exclusión es un atributo indispensable porque si no existe la capacidad de excluir a otros, no existe la propiedad.

El primer y más antiguo tipo de propiedad –o, mejor dicho, de ausencia de propiedad– es la propiedad comunal sin regulación o *res nullius*, en la que los bienes pertenecen a cualquiera.

El segundo tipo es la propiedad comunal, en la que el bien pertenece a todos los miembros de la comunidad así que nadie puede ser excluido

de su uso o disfrute. Los animales salvajes, en el pasado remoto, eran considerados bienes comunales y cualquiera que perteneciera al grupo podía disponer de los mismos a través de la caza.

El tercer tipo es la propiedad estatal en cuyo caso el Estado es el propietario y puede excluir al resto de ciudadanos y a otros Estados del uso o disfrute de los bienes.

El cuarto tipo de propiedad es la privada. Esta puede ser individual o colectiva, en el sentido de que la propiedad puede pertenecer a uno o varios individuos, ya sea que la compartan a título individual o que esta pertenezca a una asociación civil, cooperativa, sociedad no unipersonal u otra entidad jurídica que sea propiedad de varios individuos. Si la propiedad es individual, el propietario puede excluir al resto del mundo, mientras que si es colectiva, excluye al resto del mundo pero no a quienes integran el grupo de propietarios. Una propiedad colectiva tiene una similitud con la propiedad comunal hacia el interior del grupo y con la propiedad individual hacia el resto del mundo. La reserva de coto de caza (o de recolección de setas o frutos) que hacen para sí muchos municipios, otorgándole a los residentes el derecho de caza y excluyendo a los no residentes, son ejemplos característicos de este tipo de propiedad.

En cuanto al derecho de exclusión, la propiedad estatal es –a todos los efectos– igual a la propiedad individual, ya que el Gobierno se reserva el derecho de excluir o regular el uso y usufructo de la propiedad del modo que crea conveniente para su propio beneficio, al igual que un propietario individual. Desde otro ángulo, la propiedad estatal tiene también ciertos atributos de propiedad privada colectiva porque, en los sistemas democráticos, los ciudadanos en cierta medida controlan la acción del Estado y, en algún grado, las propiedades del Estado son propiedades de todos los ciudadanos. No son bienes comunales sin regulación por la sencilla razón de que la propiedad estatal excluye a otros Estados y sus ciudadanos. Los mares abiertos son ejemplos de propiedad comunal sin regulación, ya que cualquier persona o Estado puede explotar sus frutos (lo que conduce a la sobreexplotación y, en algunos casos, la depredación de los recursos marinos), mientras que las aguas territoriales –aquellas contiguas al litoral de un país– son propiedades estatales que forman parte del activo común de un país y de todos sus ciudadanos, donde el Estado actúa como un propietario individual que excluye a otros y regula la utilización de los recursos marinos a través de la concesión de derechos de explotación o instrumentos similares.

Así, considerando el atributo de la capacidad de excluir, puede plantearse que existe una línea imaginaria continua que parte desde la propiedad individual/estatal –con un individuo detentando el derecho a excluir al resto del mundo–, pasa por la propiedad colectiva –que se

parece más a la propiedad individual mientras menor sea el número de personas que posean el derecho y, más a la propiedad comunal mientras mayor sea el número de quienes posean el derecho— y llega hasta la propiedad comunal sin regulación o *res nullius*—donde nadie es excluido.

Figura 3. 1. Propiedad y derecho de exclusión

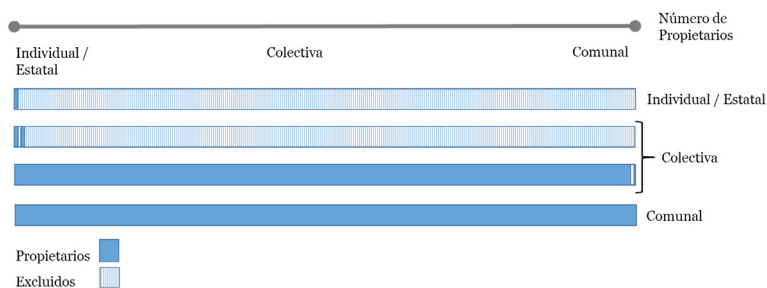


Tabla 3. 1. Tipos de propiedad

	Estatal	Privada		Comunal
		Individual	Colectiva	
Propietario	El gobierno	Un solo individuo	Varios individuos	Nadie
Usufructo	Directo del estado, indirecto de todos los ciudadanos	Del individuo	De los propietarios	De todos los ciudadanos
	Mar territorial	Inmueble / empresa / vehículo	Inmueble / empresa / vehículo	Tierras comunales

Cabe distinguir entre las ideas de *res nullius* y *res communes*. A la primera corresponde la condición de bienes comunes sin regulación —es decir, cuando cualquiera, en cualquier momento y sin ningún tipo de limitación actual o potencial, puede apropiarse del recurso—, como el caso de la pesca en alta mar (sin perjuicio de que en la actualidad el consenso y el derecho internacional avanzan en el sentido de regular la sobreexplotación, por ejemplo, de las ballenas). Por el contrario, la *res communes* se trata de una forma de ejercicio del derecho de propiedad en la que el titular no es una persona física o jurídica, en el sentido tradicional, sino un grupo de personas (familia, clan, tribu, comunidad, grupo u otros) que distribuye entre sus integrantes las cuotas de ese derecho que a cada quien le corresponden y conserva todo el poder de exclusión de las personas

ajenas al grupo. La *res communes* se corresponde con el concepto que hemos utilizado de propiedad estatal o propiedad privada colectiva.

Es más, el moderno concepto de dominio público del Estado puede definirse, de manera muy elemental, como aquellos bienes que son propiedad de todos nosotros y que también se encuentran librados al uso de todos. Sin embargo, estos bienes comunes no entran en la categoría de bienes comunes no regulados o *res nullius*, por el contrario, estos bienes tienen un propietario, que es el Estado, y tanto su uso como su explotación se encuentran fuertemente reglamentados. Nadie puede negar la facultad y legitimidad del Estado para establecer, por ejemplo, períodos de pesca y de veda, así como porciones o cuotas sobre ciertos recursos pesqueros, o para regular o prohibir la extracción de leña de los bosques públicos, concesionar la explotación de servicios turísticos en determinada playa, exigir cierto equipamiento o la compañía de un guía habilitado para intentar la escalada de una cumbre de un parque nacional, etcétera. Es decir, aun los bienes públicos en sentido estricto –como, por ejemplo, las playas del mar– tienen un uso y/o explotación intensamente regulados. En definitiva, en estos casos no estamos en presencia de *res nullius* sino de *res communes*, lo que implica la existencia de un derecho de propiedad de alcance y contenido distinto.

3.3. ¿Por qué existe la propiedad?

La propiedad debe su existencia a la conveniencia colectiva. El filósofo del s. XII, Thomas Hobbes (1651) fundamentó con claridad esta postura. Ante una situación de ausencia de propiedad y de cualquier forma de organización comunitaria como el Estado, cualquiera que pretendiese poseer o servirse del acervo común de bienes estaría obligado a defender su posesión de las pretensiones de otros. La alternativa a la propiedad es la existencia de bienes comunales sin regulación o *res nullius*, como lo fueron en el pasado remoto los animales salvajes, los recursos de los ríos o mares, los bosques y campos, entre otros, y como son en la actualidad las aguas abiertas, es decir, los mares sobre las que ninguna jurisdicción territorial reclama el control. Esto es, bienes de los que cualquiera puede servirse porque nadie queda excluido.

La hipótesis de Hobbes parte del supuesto de que la propiedad individual genera una ventaja significativa sobre la *res nullius*, porque permite cosechar los frutos a aquellos que han trabajado la propiedad, liberándolos de la violencia de los demás y estimulando así el uso productivo de los recursos.

La propiedad contribuye a generar bienestar a la sociedad y representa una ventaja no solo para el propietario, sino también para la sociedad que lo cobija. Pero en la medida que la propiedad sea cada vez más valiosa, los no propietarios estarán cada vez más tentados por disputársela, recurriendo a la violencia, por ejemplo. Para Hobbes, mientras mejor le vaya a una sociedad con la propiedad, más estímulo habrá para disputar la propiedad por cualquier medio y, entonces, nada evitará que la sociedad vuelva al salvajismo; así justifica la existencia del Estado: lo único que permite a la sociedad prosperar es la propiedad, y el Estado es lo que libera a la sociedad de las disputas y el salvajismo que desencadenaría la propiedad. En defensa del bien común, el Estado se erige en el defensor de la propiedad, indispensable para lograrlo.

Siguiendo esta línea de razonamiento desde una perspectiva propia de la economía, Demsetz (1967) lanzó una hipótesis sobre por qué existía el derecho de propiedad. Basado en un análisis tipo costo-beneficio, afirmó que los derechos de propiedad existen cuando las ganancias derivadas de la propiedad son mayores que los costos que implica sostener este derecho. También propuso que:

[los] derechos de propiedad se desarrollan para internalizar externalidades cuando las ganancias de la internalización se vuelven mayores que los costos de internalización,² principalmente, [cuando surgen] de cambios económicos, [...] de nuevas tecnologías [...] para los cuales los anteriores derechos de propiedad estaban deficientemente preparados. (p. 5)

Se entiende por internalizar externalidades al hecho de que el propietario puede apropiarse para sí mismo aquellas externalidades que su acción productiva le generaba al resto en el caso de la propiedad común. Cuando un individuo siembra un predio sin tener el derecho de propiedad, le genera una externalidad al resto del mundo que luego podrá apropiarse de los frutos de su esfuerzo. La propiedad implica el fin de dichas externalidades que ahora pasan a ser internalizadas por el mismo agricultor. El propietario internaliza no solo los beneficios derivados del ejercicio de la propiedad, sino también los costos asociados a la internalización de la propiedad.

Esta argumentación podría aplicarse a la revolución neolítica sucedida entre 11 000 y 9000 años atrás, cuando el modo productivo de la humanidad gradualmente cambió desde la caza y recolección hacia

2 Las externalidades son efectos indirectos de las actividades de producción que recaen sobre agentes distintos al originador de tal actividad.

actividades sedentarias como la agricultura y ganadería. Este cambio tecnológico implicó un cambio en las relaciones costo-beneficio, para el cual se hizo necesario un nuevo derecho de propiedad. Las nuevas actividades productivas generaron una valorización de la tierra y una mayor rentabilidad de las inversiones y de las actividades productivas vinculadas al uso de la misma. Los costos internalizados por los propietarios asociados al derecho de propiedad (defensa y vigilancia por ejemplo) pasaron a ser menores ante los mayores beneficios internalizados por los propietarios. Esta estructura productiva necesitaba un derecho de propiedad más sofisticado que el simple derecho territorial vigente bajo un sistema productivo basado en la recolección y la caza.

El cambio en la estructura productiva fue generando las condiciones para que gradualmente fuesen consolidándose nuevos derechos de propiedad que estimularan las inversiones necesarias –como sistemas de riego, acopio y transporte– que necesitaba el nuevo paradigma productivo.

3.4. Origen de la propiedad

La propiedad es una institución jurídica ancestral y prehistórica, en el sentido de que al menos sus atributos más rudimentarios anteceden a la propia existencia de la escritura. De hecho, no solo es una institución prehistórica sino que antecede a la propia humanidad. Es un error afirmar que la propiedad es un atributo único de la especie humana. Al menos los elementos más rudimentarios de propiedad están bien delimitados en muchas especies animales e incluso en muchas variedades de insectos o de arañas. Estas especies son muy territoriales y parece existir un mandato incorporado al comportamiento de animales e insectos que los obliga a defender muy agresivamente cualquier invasión a su propio territorio mientras que, por el contrario, son mucho menos agresivas cuando invaden un territorio ocupado. Esta conducta ubicua de defensa del propio territorio y de respeto al territorio ajeno observada por biólogos se amolda muy ajustadamente a los elementos más rudimentarios del derecho de propiedad (Alcock, 2005).

Si bien es imposible verificar cómo se ha gestado la institución, por la sencilla razón de que no pueden extraerse datos del pasado remoto que nos permitan contrastar cualquier hipótesis, existen básicamente dos posturas lógicas y plausibles sobre el origen de la propiedad que no necesariamente son antagónicas (Krier, 2009).

La primera hipótesis, conocida como hipótesis del diseño inteligente, afirma que la propiedad es una institución diseñada intencionalmente por el ser humano para su propio disfrute y conveniencia. La segunda,

que podemos denominar hipótesis de la conducta emergente, sostiene que la propiedad surgió espontáneamente, evolucionando sin diseño intencional por parte del ser humano.

La primera hipótesis, que inspira la creencia de que las sociedades humanas son las únicas que poseen la idea de propiedad, tiene un grave defecto fundacional: el origen del diseñador. Si la propiedad fue diseñada *ex profeso* por un diseñador, entonces, ¿quién diseñó al diseñador? Podría argumentarse que los individuos cooperaron conscientemente o encumbraron a una autoridad para definir y acordar los derechos de propiedad, sin embargo, usando el mismo argumento de regresión al origen, debería explicarse cómo se logró esta cooperación (Krier, 2009). El derecho de propiedad no puede haber existido como un diseño desde los albores de la humanidad, por ejemplo, cuando el estado salvaje y la abundancia infinita de recursos naturales no hacían necesario ni conveniente que existiese (retomando los argumentos de Demsetz). La propiedad genera ventajas a los grupos que tienen derechos de propiedad, pero ¿cómo es que comienzan a cooperar esos grupos humanos para lograr los acuerdos necesarios que permitan establecer, respetar y defender los derechos de propiedad acordados?

El derecho de propiedad, al menos en sus formas más primitivas, tiene que haber surgido fruto de una evolución espontánea. La virtud principal de la hipótesis de la conducta emergente es que permite explicar cómo se superaron los costos de transacción necesarios para lograr un acuerdo común de respeto del derecho de propiedad. En efecto, fijar derechos de propiedad demanda un acuerdo colectivo y cuando el acuerdo involucra a toda una comunidad, las dificultades aumentan debido a los altos costos de transacción que implica negociar y poner de acuerdo a tantas partes. ¿Cómo pueden haberse reducido esos costos de transacción de forma tal que habilitasen la difícil negociación que permitiría al grupo coordinar y definir los derechos de propiedad, su respeto y su defensa? Una explicación es que grupos tribales poco numerosos, relacionados por lazos de sangre cercanos, habrían podido superar estos obstáculos gracias al conocimiento y la confianza mutua derivada del parentesco y la frecuencia de interacciones repetidas entre ellos. Sobre esta base, habrían superado las dificultades y habrían podido delimitar derechos o delegar en una autoridad central la definición y defensa de los mismos (Krier, 2009). Pero no es necesario recurrir a esta explicación para explicar que se haya roto la barrera a la cooperación que implicaban los altos costos de transacción.

Otra explicación está inspirada en la biología aplicada a las relaciones humanas y se basa en la idea de las convenciones sociales –prácticas sociales a las que adhiere una mayoría significativa de

miembros— donde el principal motivo de adhesión es la expectativa de que otros individuos también lo harán. Estas convenciones son sostenidas por el hecho de que, virtualmente, todos esperan que el resto de los participantes adhieran. A diferencia de Hobbes, David Hume creía que estas convenciones surgirían espontáneamente por interés mutuo de las partes y con respecto a la propiedad, consideraba que sería del interés de cada persona «dejar a otros en la posesión de sus bienes, dado que actuarían de la misma forma con respecto a [la propiedad de] uno». Una convención como esta «se desarrollaría gradualmente, y tomaría fuerza por una lenta progresión, y por la experiencia repetida de los inconvenientes generados al transgredirla» (Hume, 1965 [1740], p. 490).

Las ciencias biológicas han demostrado que la convención de respetar el territorio de otro y defender el propio es una estrategia evolutiva estable, en el sentido de que ningún otro tipo de estrategia puede predominar. Inspirándose en trabajos aplicados a la biología, Robert Sugden (1986) aplicó estas ideas a la economía e intentó demostrar que Hume estaba en lo correcto. Utilizando instrumentos de la teoría de los juegos, evidenció que la repetición de interacciones entre un grupo de individuos conduciría espontáneamente a una convención de respeto al derecho de propiedad. De acuerdo con Sugden, hay evidencia biológica que sugiere que los seres humanos, como otros animales, tenemos un sentido innato de territorio y posesión. De todos modos, si bien la teoría evolutiva es muy útil para explicar los rudimentos del derecho de propiedad, sin lugar a dudas, no es capaz de explicar los componentes extremadamente complejos que desarrolló hasta la actualidad.

En resumen, la hipótesis del diseño inteligente no puede explicar el origen del derecho de propiedad que, en cambio, sí puede explicar la tesis de la conducta emergente; de igual manera, esta tesis no puede explicar la sofisticación del derecho de propiedad moderno que, sin lugar a dudas, es fruto del diseño inteligente que ponen las ciencias jurídicas al servicio del diseño legislativo. En otras palabras, puede considerarse que las dos tesis no son antagónicas sino que se complementan para explicar distintas etapas de la evolución de los derechos de propiedad (Krier, 2009), emergente en los primeros pasos y diseñada en los siguientes.

3.5. Evolución del derecho de propiedad

El antropólogo Lewis Morgan (1877) elaboró un influyente trabajo a fin del siglo XIX que sirvió de fuente de inspiración a la postura marxista sobre el origen de la propiedad. En particular, constituyó la columna vertebral (junto a las notas póstumas de Carlos Marx) del famoso libro

El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, de Federico Engels (1884). Morgan presentó una teoría basada en diferentes períodos étnicos, o etapas evolutivas, del desarrollo de la humanidad, acompañados por cambios tecnológicos que generaron una evolución acorde del derecho de propiedad. La forma más antigua de propiedad de la tierra fue la de posesión tribal, pero después comenzó la agricultura en gran escala, una fracción de las tierras tribales fueron distribuidas entre los linajes de la comunidad y, a su vez, asignadas a los individuos pertenecientes a cada linaje, lo que finalmente devino en propiedad individual.

En el estadio del salvajismo, el más primitivo y extenso de la existencia humana, los bienes fueron de escasa importancia. El grueso de las propiedades eran utensilios, tejidos, armas rudimentarias de piedra o hueso y objetos de adorno. La tierra y las viviendas eran poseídas por la tribu en común, eran la propiedad conjunta de sus integrantes. «La pasión por su posesión [de los bienes] apenas si se había formado en su mente, porque los bienes mismos apenas existían» (Morgan, 1976 [1877], p. 63).

En el estado inferior de la barbarie, etapa ubicada entre la invención de la alfarería y la domesticación de animales y el cultivo mediante el riego, la variedad y cantidad de bienes no se incrementó significativamente respecto a la etapa del salvajismo. La tierra siguió siendo propiedad en común de la tribu, pero se reconocía el derecho posesorio y a dejarla en heredad al conjunto del grupo consanguíneo.

En el estado medio de la barbarie, período que comienza con la domesticación y el cultivo irrigado artificialmente, la sociedad da un salto significativo en términos de complejidad y se acrecentó notablemente la propiedad personal. La propiedad territorial aún correspondía a la tribu, pero una porción se destinaba para atender actividades públicas, como el gobierno y el culto. La propiedad de tierras era en condominio de familias emparentadas que «impedían la propiedad individual de casas o tierras. El derecho de vender una participación en tales tierras o casas y transferirlas a un extraño, acabaría con su régimen de vida» (p. 69).

En el estadio superior de la barbarie—que se corresponde con el surgimiento de la agricultura, de las manufacturas y del comercio doméstico y externo—, el crecimiento demográfico y el surgimiento de las naciones que permitieron estas innovaciones hicieron que la posesión de tierras avanzara, aunque a un ritmo modesto, por el camino de la propiedad individual. Aparece la esclavitud, considerada otra adquisición de propiedad, y el número de posesiones individuales ya es elevado. Apareció la familia monógama, que cambió las reglas de sucesión: desde aquellas en las que el clan era el beneficiario, pasaron a basarse en la línea masculina. Así fue que las propiedades como tierras, viviendas, rebaños y mercancías aumentaron en gran cantidad y llegaron a ser objeto de

propiedad individual, e inevitablemente surgió el derecho a la herencia individual. Los animales domesticados se constituyeron, gracias a su capacidad de reproducción y su utilidad como alimento y fuente de numerosos bienes, en una primera fuente de acumulación que dio lugar a la percepción de riqueza individual, seguida poco después por el cultivo y la identificación de la familia con el suelo.

Cuando la labranza de los campos demostró que la superficie íntegra de la tierra podía ser sujeto de propiedad individual, y se vio que el jefe de la familia se hacía centro natural de la acumulación, quedó inaugurada la nueva marcha de la humanidad hacia la propiedad. (p. 74)

Marcha que se completó antes de la finalización de este periodo.

Con posterioridad aparece la aristocracia y la nobleza como un nuevo elemento que profundiza la propiedad individual. La propiedad, tal como la conocemos hoy, es heredera del liberalismo que se construyó sobre las ruinas del feudalismo y del poder económico e influencia personal de la aristocracia. En aquellos tiempos, consolidar la propiedad como un derecho –sobre el cual fundar la liberación del hombre, frente a la omnipotencia del poder del monarca, o del señor feudal, o del clero– significaba una conquista extraordinaria que, en última instancia, venía a consolidar una incipiente idea de libertad igualitaria. Este derecho, enmarcado en aquel momento histórico, debía ser absoluto e ilimitado para enfrentar el autoritarismo del monarca.

En este sistema, el propietario no solo puede usar y gozar de la cosa, sino también abusar de ella, degradándola o destruyéndola. Esta primera idea de libertad consolidada frente al poder de un Estado despótico, merced a la inviolabilidad de la propiedad, trajo también otros efectos: la acumulación a favor de unos pocos y la miseria para las mayorías. El socialismo, al analizar estos efectos del capitalismo, plantea que la apropiación de las cosas es algo artificial. Lo único que el hombre posee verdaderamente es su fuerza de trabajo. Cuando el hombre vende su trabajo, no solo se aliena a sí mismo sino que, además, provoca una mayor concentración del capital a partir de la plusvalía y la explotación a la que es sometido el trabajador por parte del dueño de los medios de producción.

La Iglesia de Roma también hizo sentir su voz en esta cuestión. A fines del siglo XIX, en su encíclica *Rerum Novarum. Sobre la situación de los obreros* (1891), el papa León XIII abrió paso a lo que luego se consolidaría como la *doctrina social de la iglesia* –que, si bien justifica la propiedad privada, pone sobre ella los límites que surgen de la solidaridad y el bien común–; a partir de esas ideas se desarrolla el concepto de la función social de la propiedad. En esta encíclica, se lee:

[...] poco a poco ha sucedido hallarse los obreros entregados solos e indefensos, por la condición de los tiempos, a la inhumanidad de sus amos y a la desenfrenada codicia de sus competidores. A aumentar el mal vino la voraz usura; la cual aunque más de una vez condenada por sentencia de la iglesia, sigue siempre, bajo diversas formas, la misma en su ser, ejecutada por hombres avaros y codiciosos. Juntase a esto que la producción y el comercio de todas las cosas están casi del todo en manos de pocos, de tal suerte, que unos cuantos hombres opulentos y riquísimos han puesto sobre la multitud innumerable de proletarios un yugo que difiere poco del de los esclavos. (párr. 1)

[...] defraudar a uno del salario que se le debe es un gran crimen, que clama al cielo venganza. (párr. 15)

Y si acaeciese alguna vez que el obrero, obligado por la necesidad o movido por el miedo a un mal mayor aceptase una condición más dura, que contra su voluntad tuviera que aceptar por imponérsela el amo o el contratista, sería eso hacerle violencia y contra esa violencia reclama la justicia. (párr. 32)

La Constitución pastoral Gaudium et Spes: Sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo (1965), del Concilio Vaticano II, se detiene en el análisis de la naturaleza humana, la tecnología, el desarrollo económico y la propiedad, entre otros temas, en los siguientes términos:

De este modo, la actividad económica, según sus métodos y leyes propias, debe ser ejercida conforme al orden moral para que se cumpla el propósito de Dios acerca del hombre. (párr. 64)

Dios destinó la tierra con todo lo que ella contiene al uso de todos los hombres y pueblos, de manera que los bienes creados deben equitativamente llegar a cada uno, presididos por la justicia [...] Por lo cual, el hombre, al usar esos bienes, no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como propias, sino también como comunes, en el sentido de que no aprovechen exclusivamente a él sino, además, a otros. (párr. 69)

La propiedad privada, o una cierta posesión de los bienes exteriores, dan el espacio necesario para la autonomía personal y familiar y deben ser consideradas como una expansión de la libertad humana. Aún más, ya que proporcionan motivos para asumir tareas y obligaciones, son una especie de condición de las libertades civiles [...] La transferencia de bienes a dicha propiedad no puede ser realizada sino por la autoridad competente, conforme a las exigencias del bien común y dentro de los límites de este, con una compensación

equitativa. Además pertenece a la autoridad el prevenir los abusos de la propiedad privada contra el bien común.

La misma propiedad privada tiene una índole social por su naturaleza, que se funda en la ley de la destinación común de los bienes. (párr. 71)

En la encíclica *Populorum Progressio* (1967), Paulo VI dice:

Llenad la tierra y sometedla, la Biblia desde sus primeras páginas, nos enseña que la creación entera es para el hombre, quien tiene que aplicar su esfuerzo inteligente para valorizarla y, mediante su trabajo, perfeccionarla, por decirlo así poniéndola a su servicio. Si la tierra está hecha para procurar a cada uno de los medios de subsistencia y los instrumentos de su progreso, todo hombre tiene derecho de encontrar en ella lo que necesita. (párr. 22)

Combatir la miseria y luchar contra la injusticia es promover, a la par que el mayor bienestar, el progreso humano y espiritual de todos, y, por consiguiente, el bien común de la humanidad. La paz no se reduce a una ausencia de guerra, fruto del equilibrio siempre precario de las fuerzas. La paz se construye día a día, en la instauración de un orden querido por Dios, que comporta una justicia más perfecta entre los hombres. (párr. 76)

Finalmente, Juan Pablo II en la encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, de diciembre de 1987, dice:

Debería ser sumamente instructiva una constatación desconcertada de este período más reciente: Junto a las miserias del subdesarrollo que son intolerables, nos encontramos con una especie de superdesarrollo, igualmente inaceptable, porque, como el primero, es contrario al bien y a la felicidad auténtica. En efecto, este superdesarrollo consiste en la excesiva disponibilidad de toda clase de bienes materiales para algunas categorías sociales, fácilmente hace a los hombres esclavos de la posesión y del goce inmediato, sin otro horizonte que la multiplicación o la continua sustitución de los objetos que se poseen por otros todavía más perfectos. Es la llamada civilización del consumo o consumismo, que comporta tanto deshechos o basuras. Un objeto poseído y ya superado, por otro más perfecto es descartado simplemente, sin tener en cuenta su posible valor permanente para uno mismo o para otro ser humano más pobre [...] El mal no consiste en tener como tal, sino en el poseer que no respeta la calidad y la ordenada jerarquía de los bienes que se tienen. (párr. 28)

3. 6. Argumentos económicos y justificación del derecho de propiedad

Existen sólidos argumentos económicos que justifican la existencia de la propiedad, ya se trate de la estatal, la privada individual o la colectiva. La institución de la propiedad se justifica frente a la alternativa de su ausencia, o de aquella comunal sin regulación (*res nullius*), por sus efectos sobre la eficiencia. En el caso de un bien común, nadie es propietario ni del activo ni de los frutos que genera, por lo tanto, no solo no se generan estímulos para producir e invertir lo indispensable, sino que además se desencadena la tragedia de los bienes comunes, que básicamente consiste en el hecho de que todos los individuos, actuando racionalmente y buscando su propio beneficio, necesariamente sobreexplotarán el recurso (Hardin, 1968). Cuando existe un propietario –que puede ser uno o varios individuos (una sociedad anónima, cooperativa, asociación civil, grupo, tribu, clan, entre otros) o el propio Estado–, este se transforma en dueño del activo en el sentido de que lo controla y también posee el derecho sobre los frutos del mismo y la potestad para excluir a los demás de su disfrute.

En este sentido, Schmitz dice:

En el mundo tal cual es, si los cazadores-recolectores quieren que sus hijos tengan la opción de vivir como cazadores-recolectores, necesitan pretender un derecho sobre el territorio en el cual quieren preservar dicha opción. Necesitan afirmar que ellos, como propietarios legítimos, tienen derecho de reglamentar el acceso al mismo. Si quieren una civilización estática, necesitan estar al tanto de que no la encontrarán en un sistema de bienes comunes no regulado. Necesitan argüir que tienen el derecho de excluir, por ejemplo, a compañías petroleras que estarían encantadas de tener la posibilidad de tratar el norte de Canadá como un sistema de bienes comunes no regulado. (Schmitz, citado por Spector, 2004, p. 38)

La existencia del derecho de propiedad brinda incentivos para el trabajo y la inversión. Quienes no están plenamente seguros de poder capturar los frutos de su trabajo, en el mejor de los escenarios se esforzarán menos.³ Un agricultor no instalará un canal, ni sembrará, ni se esforzará

3 Un ejemplo palmario de este incentivo proviene de la práctica soviética de crear grandes granjas colectivas (*koljoses*, en ruso) donde remuneraban uniformemente a sus trabajadores. El stalinismo previó generar ganancias de productividad gracias a las ventajas de escala derivadas del mayor tamaño de estas unidades

lo suficiente si no está seguro de poder apropiarse del producto de la cosecha. Con el mismo argumento, el derecho de propiedad garantiza un uso más racional y eficiente de la propiedad, ya que el propietario tiene buenos incentivos para mantener en buen estado los bienes de inversión o durables como las aguadas, los equipos productivos y la fertilidad del suelo, por ejemplo.

El propietario impide la sobreexplotación del recurso que atentaría contra sus propios intereses, sin embargo, la propiedad no necesariamente la eliminaría. Dependiendo del tipo de activos, el derecho sobre la propiedad puede conducir a un nivel de explotación que, si bien puede ser racional desde el punto de vista del propietario, puede resultar irracional desde el punto de vista social. Un ejemplo de ello es la explotación de recursos naturales no renovables, como el petróleo y la minería. Los propietarios privados de estos recursos definen un ritmo de explotación de los mismos ajustado a la propia impaciencia de los mortales o del mercado, por lo tanto, es natural que no se adapten a las preferencias que tendrían las futuras generaciones de reservarse una cuota de dichos recursos para su propio disfrute y seguridad. Así, bajo la propiedad privada del sistema capitalista, las preferencias temporales de los propietarios privados necesariamente resultan en un ritmo de sobreexplotación que no es sustentable ni respeta las necesidades futuras ni los intereses estratégicos que dichos recursos no renovables pueden significar para las naciones.

La misma vara le cabe a algunos recursos renovables como la agricultura. En efecto, puede afirmarse que la agricultura es en realidad una actividad minera, con la salvedad de que la extracción de los recursos minerales del suelo se realiza indirectamente, a través de las plantas. En este sentido, es sabido que en la Argentina las cosechas extraen anualmente unos cuatro millones de toneladas de minerales del suelo y solamente se repone, en forma de fertilización, menos de un tercio de ese volumen, lo que implica una enorme sobreexplotación de trayectoria incierta y demuestra el argumento sostenido empleando un ejemplo local.

Otro argumento en favor de la existencia del derecho de propiedad, lo encontramos en el hecho de que estimula el mercado de crédito, ya que puede ser utilizada como garantía sobre el pago de deudas.

productivas. Sin embargo, terminó desincentivando la producción ya que los agricultores vieron que sus ingresos se desvinculaban de su esfuerzo. China pareció avanzar por el mismo camino en los primeros años de comunismo, pero —haciendo gala de un pragmatismo irreductible— rápidamente revirtieron la política de estatización de las tierras devolviéndoselas al campesinado.

El análisis económico del derecho provee otro soporte importante al derecho de propiedad, relacionado con las externalidades, sobre lo que nos explayaremos en el apartado 3.7 para volver después sobre estas preguntas fundamentales con más herramientas.

Un último argumento también se relaciona con la eficiencia, pero desde el punto de vista de los costos: la ausencia de derechos de propiedad bien delimitados exige demasiados esfuerzos de vigilancia para cuidar los frutos del trabajo y, con frecuencia, derivará en conflictos que hacen más incierta la posibilidad de que el esfuerzo propio sea retribuido. En este marco, el Estado es la gran institución que asume el rol de vigilante de los derechos de propiedad, obliga a todos a respetarlos y se hace cargo del costo asociado. De esta manera, el derecho de propiedad disminuye el costo de vigilancia, lo que implica reducir el riesgo a perderlo todo y, por lo tanto, aumentan los incentivos para producir e invertir.

3. 7. Beneficios sociales de la propiedad bajo un análisis microeconómico de utilidad

Desde otro ángulo, puede argumentarse que el establecimiento del derecho de propiedad permite la transferencia de los bienes y servicios y, por lo tanto, los recursos hallan los destinos para los que resultan más valiosos. Las transacciones, si son libre y voluntariamente realizadas, garantizan que tras la operación ninguna de las partes estará en una situación peor (porque si no fuese así, la operación no se realizaría) sino que por el contrario, al menos una o las dos estarán en mejor situación.

En cada transacción hay un excedente potencial que se reparte de alguna forma entre ambas partes. Por ejemplo, si el vendedor pide un precio mayor a la valoración del comprador, no se hará la transacción, de igual manera que si el comprador ofrece un precio inferior a la valoración del vendedor. Así, toda transacción voluntaria implica un precio que, como máximo, es lo que el comprador está dispuesto a pagar y, como mínimo, lo que el vendedor está dispuesto a recibir para desprenderse del bien. Entre el máximo que está dispuesto a pagar el comprador y el mínimo que está dispuesto a recibir el vendedor existe un excedente a repartir, lo que implica que al menos uno o ambos podrán quedarse en una situación mejor si la transacción se realiza. Así, con toda transacción se logra una movida eficiente en el sentido de Pareto, siempre y cuando las partes hayan concurrido voluntariamente y no existan fallos de mercado.

Este aspecto es importante, ya que, cuando existen fallos –de mercado (como monopolios, asimetrías de información) o en el ambiente jurídico (como poder, necesidad, coerción o explotación)–, la transacción

no necesariamente implicará una movida que conduzca a una mayor eficiencia en el sentido de Pareto. Cabe destacar al respecto que muchos autores consideran que el desempleo y la pobreza constituyen fallos de mercado y que, desde esta óptica, podría considerarse que las transacciones en las que estén involucrados individuos que padezcan las condiciones angustiantes de la pobreza o el desempleo no necesariamente serán Pareto-eficientes. Puede darse el caso de que, bajo estas condiciones, una persona esté dispuesta a malvender un bien (su trabajo por ejemplo) exigiendo un precio (salario) muy por debajo de lo que estaría dispuesto a exigir en condiciones normales para desprenderse del bien (para trabajar). En definitiva, las preferencias de los individuos no son estables, oscilan con sus condiciones de empleo y pobreza, lo que implica que las condiciones del ambiente jurídico no son las que garantizan el pleno ejercicio de la voluntad y, por lo tanto, las transacciones realizadas no necesariamente decantarán en mejoras paretianas.

Con respecto al reparto del excedente, existe una visión optimista, sostenida por Ronald Coase (1960), que indica que cuando existe un excedente potencial a distribuir en una transacción, las partes negociarán hasta ponerse de acuerdo. Por el contrario, la visión pesimista, sostenida por Hobbes, propone que los agentes no llegarán a realizar las transacciones porque la lucha por el excedente impedirá la transacción. Por lo tanto, en este tipo de transacciones se requiere un Estado fuerte, director, que conduzca las transacciones que de otro modo no se harían. En cambio, de acuerdo a la visión optimista, solo es necesario un Estado débil que supervise el sistema de propiedad y se asegure de que estén claramente definidos los derechos.

Según Coase, las posibilidades de que una transacción no se realice son más altas mientras mayores sean sus costos. Por costos de transacción (CT) se refiere básicamente a cuatro aspectos relacionados con ellas:

- Costos de búsqueda (¿quiénes ofrecen y quiénes demandan?).
- Costos de negociación (¿qué precio se define?).
- Costos de monitoreo (costos que se asumen para que se cumpla el contrato).
- Asimetrías de información.

En definitiva, cualquier costo que dificulte o impida la transacción.

3. 7. 1. Teorema de Coase

Para explicar el teorema que Coase presentó en 1960 utilizaremos un ejemplo de una externalidad negativa que involucra a dos partes: la curtiembre *c* se ubica aguas arriba y la pesquería *p* lo hace aguas abajo de un

mismo curso de agua. La curtiembre arroja desperdicios de cromo al río, que terminan perjudicando la producción y rentabilidad de la pesquería. Es un caso de externalidad negativa, no existe una transacción, pero la actividad de c le impone costos a la de p.

Tabla 3. 2. Descripción de la situación económica

1	2	3	4	5	6
X	B(x)	C(x)	S(x)	B(x)+S(x)	B(x)-T(x)
Producción curtiembre	Beneficio curtiembre	Costo de contaminación para pesquera	Beneficio pesquera	Beneficio total	Benef. Curtiembre con impuesto
0	0	0	21	21	0
1	10	0	20	30	10
2	15	2	20	35	13
3	18	8	12	30	10
4	19	18	2	21	1
5	18	32	-12	6	-14
6	15	50	-30	-15	-35

En un sistema de propiedad privada sin regulación, al propietario de la curtiembre solo le interesa su propio beneficio, no el beneficio social o del conjunto y, por lo tanto, producirá $x=4$, donde su beneficio alcanza el máximo. Tras esta elección inicial de la curtiembre el resultado social es un beneficio bajo, de \$21 sumando ambos beneficios. Cuando hay externalidades negativas, la producción que hace el mercado funcionando libremente es mayor a la que debiera desde un punto de vista de la eficiencia social o colectiva.

En un sistema de propiedad pública o integrada, es decir, con las dos empresas de un mismo propietario, el nivel de producción óptimo sería el que maximice el conjunto de beneficios, la suma de los beneficios de la curtiembre y la pesquería:

$$\text{Max } B(x)+S(x)$$

Con este criterio, el máximo bienestar social se alcanzaría con una producción $x=2$. Se demuestra así que en presencia de una externalidad negativa y de propiedad privada, el nivel de bienestar social alcanzado es inferior al óptimo social.

Arthur Pigou (2017) propuso una alternativa: que los costos generados por las empresas al resto de la economía se internalizaran dentro de cada empresa, es decir, que fueran asumidos por las propias firmas. De este modo, no es necesario que la propiedad sea pública o integrada, el óptimo social podría lograrse con un sistema de propiedad privada o no integrada combinado con un sistema tributario que obligue a las firmas a internalizar estos costos. En efecto, si se define un impuesto $T(x)$ que depende del nivel de producción se podría alcanzar la misma solución. De este modo el nivel de producción de la curtiembre se definiría de acuerdo a la siguiente maximización que conduce al óptimo social (columna 6 de la tabla 3.1):

$$\text{Max } [B(x)-T(x)]$$

De todos modos, la dificultad de esta propuesta estriba en establecer el valor de τ . Es decir que pasamos de un problema generado por una externalidad a uno de asimetría de información.

Coase propuso una alternativa: un sistema de propiedad privada unido a la condición de que las partes puedan negociar. La idea es que, si pueden negociar, las partes se pondrán de acuerdo para repartir el excedente de modo que alcanzarán la misma solución que hubiesen alcanzado con un sistema de propiedad pública.

En efecto, hay dos posibles soluciones al asignar el derecho:

- a. La curtiembre tiene el derecho a contaminar todo lo que quiera.
- b. La pesquería tiene el derecho a estar libre de contaminación.

Si el derecho se le otorga a la curtiembre (opción a), esta decidirá producir $x=4$, pero estará dispuesta a producir una unidad menos ($x=3$) a cambio de un pago de \$ 1, mientras que la pesquería estaría dispuesta a entregar \$ 10 para que lo haga (suma que equivale a lo que ganaría si no hubiese contaminación). Asimismo, la curtiembre estaría dispuesta a producir $x=2$ si la compensan con \$ 4, en este caso, la pesquería estaría dispuesta a entregar como máximo \$ 16. Así, entre 4 y 16 hay mucho espacio para negociar y, al hacerlo, ambas partes podrán alcanzar un mayor bienestar que el que habrían logrado sin negociar.

Por lo tanto, si se le dan los derechos de propiedad a la curtiembre y existen posibilidades de negociación (es decir, bajos costos de transacción), se alcanzará el nivel de producción $x=2$, que permite alcanzar el óptimo social.

¿Qué sucede si el derecho se asigna a la pesquería (opción b)? Esta le impondrá un nivel de producción a la curtiembre igual a cero ($x=0$). Sin embargo, la curtiembre estará dispuesta a ofrecer hasta \$ 15 a cambio

de producir $x=2$, mientras que la pesquería como mínimo exigirá \$2 para permitirle producir esa cantidad. Así, entre 2 y 15 hay mucho excedente para negociar y ambas partes terminarían en una posición mejor haciéndolo.

Sin duda, cambia la distribución de la renta entre los dos agentes y quien resulte favorecido por el derecho recibirá una porción mayor del ingreso. Pero, independientemente de quién tiene el derecho de propiedad, la cantidad de producción y la cantidad de contaminación producidas son iguales al óptimo social.

Se alcanza así la primera versión del teorema de Coase:

Si los costos de transacción son bajos ($CT=0$), la asignación de recursos es la misma (invariante) y es eficiente, independientemente de cómo se hayan asignado los derechos de propiedad. Si los CT son bajos, se justifica un rol débil del Estado en el que su papel es asegurar claramente los derechos de propiedad.

Si, por el contrario, los costos de transacción son altos o no existe un excedente potencial para distribuir, se justifica un Estado fuerte que organice las transacciones. Las empresas no internalizan las consecuencias de sus acciones y, por lo tanto, es conveniente la actuación del Estado para regularlas y garantizar que se internalicen los costos generados al conjunto social.

¿Qué sucede cuando los CT son altos y no es posible que las partes negocien? Si los derechos de propiedad son asignados a la curtiembre, producirá cuatro unidades y el beneficio social será \$21:

$$B(19)+S(2)$$

Si, en cambio, los derechos son asignados a la pesquería, la curtiembre dejará de producir ($x=0$) y el beneficio conjunto será de \$18.

El tribunal debe elegir entre estos dos *second best* (la segunda mejor opción). En este caso, la opción que conduce a un mayor bienestar social es la de asignarle el derecho a la curtiembre.

3.7.2. Versión moderna del teorema de Coase: no neutralidad de la asignación del derecho

Otro aspecto a tener en consideración es el impacto de la asignación del derecho de propiedad sobre la distribución del ingreso entre estos dos agentes, que no es neutral. Naturalmente, quien salga favorecido por el dictamen judicial tendrá derecho a apropiarse del propio excedente y de parte del excedente de la contraparte desfavorecida por el dictamen. La asignación del derecho de propiedad es eficiente, pero el impacto del

dictamen sobre la distribución del ingreso entre la pesquería y la curtiembre no es neutral, y podría conducir a situaciones alejadas de los criterios de justicia o equidad. El juez debería saber que si los CT son bajos, al dictaminar la asignación del derecho de propiedad a una de las partes logrará el objetivo de eficiencia, no obstante, debería inspirarse en criterios de justicia y equidad en el reparto de cargas para orientar su dictamen.

La versión moderna del teorema de Coase afecta la tesis de la invariancia de la asignación. Nos dice que si los costos de transacción son bajos, la asignación seguirá siendo la más eficiente, pero no necesariamente será la misma asignación, porque existen efectos de segundo orden –que se producen indirectamente, en un plazo más largo–, relacionados con el efecto sobre la distribución del ingreso, provocados por el dictamen judicial.

En efecto, en función de a quién se le asigne el derecho, al cambiar la distribución del ingreso se modifica también la demanda de bienes, por lo tanto –salvo que todos los actores, tanto los beneficiados como los perjudicados por el dictamen, tengan las mismas preferencias de consumo–, habrá diferentes asignaciones de los recursos, aunque en los dos casos la asignación será eficiente.

Siguiendo el ejemplo utilizado, si los propietarios de la pesquería prefieren comer carne vacuna mientras que los de la curtiembre prefieren la carne de pescado, la asignación de recursos variará como consecuencia de a quién se le asigne el derecho de propiedad, ya que, si lo tiene la pesquería, a largo plazo aumentará la producción de carne vacuna y, si lo tiene la curtiembre, lo hará la carne de pescado. Las diferencias son importantes cuando hablamos, por ejemplo, de trabajadores o capitalistas que afectan sensiblemente la distribución del ingreso y también cambian los costos de producción, lo que puede provocar entradas y salidas de empresas si los mercados son competitivos.

3. 7. 3. Coase y las ventajas del derecho de propiedad

Retomamos el debate sobre la justificación de la propiedad. Gran parte de la justificación se basa en el teorema de Coase y el rol que la propiedad cumple en la internalización de externalidades. La propiedad permite que su poseedor usufructúe los beneficios del esfuerzo productivo (internalizando beneficios y costos) al tiempo que le permite aislarse de las externalidades negativas generadas por sus vecinos. El derecho de propiedad significa la posibilidad de excluir a otros, no solo internalizando beneficios, sino liberando al propietario de las externalidades generadas por el resto.

3.7.4. La apropiación originaria (cláusula de Locke)

Hemos respondido por qué existe el derecho de propiedad y cómo evolucionó, pero no hemos respondido cómo se justifica la propiedad privada –el derecho a excluir a otros– dado que, en un pasado remoto, nadie tenía derechos de propiedad, por el contrario, todos tenían libertades con respecto a los recursos comunes y podían servirse libremente del acervo libre de bienes que ofrecía la naturaleza. Surge entonces la inevitable pregunta: ¿cómo surgió en el pasado remoto ese acto originario de apropiación de los bienes comunes y qué justifica el derecho a esta apropiación originaria? Cabe notar que, en el caso de la apropiación original, no es necesario excluir a un propietario previo, algo que no podría suceder en nuestros tiempos porque en virtud del dominio eminente del Estado, este resulta titular del dominio de todos los bienes sin dueño que se encuentran en su territorio.⁴

Al respecto de la justificación de la apropiación originaria, John Locke propuso una idea –llamada ahora la cláusula de Locke– que prescribe que una tierra puede ser apropiada por alguien si se asegurara que «quedará suficiente e igual de buena [tierra] para los demás». Pero esta idea en lugar de justificar la apropiación original establece dos nuevos problemas:

- Definir qué se entiende por *suficiente e igual de bueno*.
- Definir quiénes son *los demás*.

En efecto, solo queda suficiente e igual de bueno para los demás si se trata de bienes abundantísimos y sin valor económico debido a esta característica, porque siempre que alguien se apropia de un bien económico, definido así por su escasez, necesariamente quedará menos para los demás. Asimismo, ¿qué se entiende por *los demás*? Un mínimo de responsabilidad intergeneracional nos recomendaría incluir a las futuras generaciones. En este sentido, la idea de Locke debería ser que se justifica una apropiación cuando quede suficiente e igual de bueno para los contemporáneos y las futuras generaciones. Los críticos de la propiedad privada argumentan que la cláusula no puede cumplirse, al menos con la tierra, porque es escasa por definición, sobre todo si incluimos a las generaciones futuras. Así, la cláusula de Locke no puede aplicarse para

4 El art. 2.342 del cc disponía: «Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: 1º Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño». En la redacción del CCC, el art. 236 dispone en el inc. 1: «Los inmuebles que carecen de dueño».

justificar la propiedad privada si tenemos en cuenta la sobrepoblación, la responsabilidad intergeneracional y la presión sobre los recursos.

Desde la perspectiva neoclásica, existe una visión bondadosa respecto a la apropiación originaria que esboza una justificación diferente. Propone que la apropiación no es un juego de suma cero sino de suma positiva, es decir, que todos ganan con la apropiación. Siguiendo el teorema de Coase, no importa quien tenga el derecho porque el hecho de que alguien lo tenga ya conduce a la eficiencia. De acuerdo con este argumento, la apropiación originaria puede conducir a más riqueza en el futuro. De esta manera, los que llegan después (las futuras generaciones) tienen muchos más beneficios que quienes se apropiaron inicialmente y, sobre la tierra yerma, tuvieron que labrar y esforzarse enormemente para obtener los primeros beneficios luego de ingentes esfuerzos.

Desde esta óptica, los apropiadores originarios no eran unos privilegiados, por el contrario, ellos pusieron en movimiento la rueda de la riqueza y la producción. Con frecuencia, incluso se hacen comparaciones intergeneracionales (Spector, 2004) en las que se señala como prueba de este argumento que las generaciones actuales puedan disfrutar las ventajas de la modernidad como el celular, mientras que los propietarios originales no podían, atribuyendo una relación de causalidad directa entre su apropiación original y nuestro bienestar material. Esta historia le resulta familiar a los habitantes del valle del Río Negro que, gracias al esfuerzo y duro trabajo de los pioneros colonos para irrigar los cultivos y controlar los efectos del viento, transformaron páramos áridos en un valle fértil para la fruticultura, hoy habitado por sus descendientes que, sin duda, tienen que realizar menos sacrificios.

Bajo esta perspectiva, la apropiación original se presenta como un juego en el que todos ganan (de suma positiva) ya que, a partir de ese momento histórico concreto en el que se consolidó en un determinado lugar, se produjo una especie de prodigio económico que permitió multiplicar los recursos para los que vinieron después. Entonces, lo que pretenden demostrar es que la apropiación originaria se justifica porque, si bien disminuye la cantidad de bienes posibles de obtener mediante el mecanismo de la apropiación primera, a modo de compensación genera un extraordinario aumento de los bienes que pueden ofrecerse en una sociedad concreta:

El argumento no es meramente que se produce lo suficiente, como consecuencia de la apropiación, como para compensar a los que vienen después y que llegaron tarde por la carrera de la apropiación. El argumento es que la recompensa no está en el solo hecho de ser un apropiador original. La recompensa es la prosperidad, y los que

llegan a posteriori ganan en grande, como cortesía de los que llegaron primero. Si alguien tuviera derecho a compensación, ese alguien deberían ser los primeros apropiadores. (Spector, 2004)

A nuestro criterio, no es correcto cometer el anacronismo de comparar la situación de los apropiadores originarios con los ciudadanos actuales, porque el bienestar de la actualidad posiblemente se haya alcanzado por otras causas, incluso, es posible que se haya logrado a pesar de esa apropiación originaria. A la hora de exigir compensaciones, difícilmente podría argumentarse que es justo compensar a los apropiadores originarios –o a sus herederos– por su esfuerzo, porque la apropiación que hicieron redujo la disponibilidad para sus contemporáneos que no se apropiaron de nada y para las siguientes generaciones.

¿Por qué unos son propietarios de tierras, activos y rentas, mientras que otros solo poseen su trabajo? Gran parte de la respuesta tiene sus raíces en la desigualdad que se perpetúa y acentúa de generación en generación gracias a la institución de la herencia que le permite a una misma progenie la acumulación intergeneracional del capital. Nuestra sociedad se debe un debate en profundidad sobre la institución de la herencia, un elemento más de los derechos de propiedad que permite la transmisión intergeneracional de la riqueza. La sociedad debe poner en la balanza los beneficios que trae consigo la herencia –como el estímulo al ahorro, la inversión en seguridad de los descendientes y la disminución de los problemas distributivos asociados a la puja por la riqueza de las heredades–, frente a los costos que trae aparejados –asociados a la enfermedad social que genera la desigualdad y las conductas rentistas que puede estimular entre los beneficiarios de las herencias.

De todos modos, debe reconocerse que la propiedad no es un juego de suma cero y puede conducir a un mayor bienestar, aunque no necesariamente conduce a una situación socialmente justa en términos de distribución. En contraste, la propiedad comunal sin regulación o *res nullius* puede conducir a una situación socialmente justa, pero con menor bienestar, es decir, interacciones donde todos pierden (casos de juegos de suma negativa). Spector ejemplifica el problema de la maldición de los comunes con los casos arquetípicos de la pesca en coral (pesca por cloro y pesca por explosión –*bleach* y *blast fishing*–).⁵ El caso analiza una sobreexplotación del recurso pesquero de los arrecifes coralinos. La

5 Utilizando un ejemplo más apropiado para la zona andina, es muy probable que, si no se pusiera límite, mediante prohibición, a la pesca con gancho de las truchas que suben a desovar, en muy pocas temporadas no quedarían peces en el lago.

inexistencia de un derecho de propiedad sobre el arrecife induce a que todos los pescadores extraigan el recurso en forma insustentable, por lo que la ausencia de propiedad conduce a la sobreexplotación. El incentivo proviene del hecho de que cada pescador sabe que cualquier otro puede adelantarse y perjudicarlo apropiándose del recurso al sobreexplotarlo y para evitarlo tiene interés en ser el primero en hacerlo. A pesar de que esta conducta parece irracional no lo es, sino que se trata de una racionalidad individual que no necesariamente es igual a la racionalidad colectiva. La racionalidad colectiva sería la de alcanzar una regulación que genere una explotación sustentable del recurso. La racionalidad individual, cuando no hay regulación sobre el recurso, consiste en adelantarse y apropiarse de todo lo posible antes de que otro lo haga, aún a pesar de que en el mediano plazo la sobreexplotación depredará el recurso y en el futuro todos los pescadores terminarán en una peor posición.

El siguiente dilema del prisionero permite comprender por qué frente a la existencia de bienes comunes, la racionalidad individual, es decir, el objetivo egoísta del beneficio individual, no conduce espontáneamente –como si fuese guiado por una mano invisible– al bien común que representa la racionalidad colectiva.

El dilema ejemplifica una situación en la que el bien común es un coto de pesca sin propietario ni regulación en el que dos pescadores (el caso también se aplica a muchos pescadores) no pueden ponerse de acuerdo sobre el nivel de explotación. La matriz de pagos muestra que si se pusiesen de acuerdo alcanzarían el mayor bienestar posible: 14 unidades repartidas en partes iguales; mientras que si no se ponen de acuerdo alcanzarían el peor resultado, en el que todos pierden con una captura de apenas 8.⁶ Colectivamente, la decisión racional sería coordinar y ponerse de acuerdo en la explotación sustentable. Sin embargo, la racionalidad individual conduce a otro resultado. Los pescadores actúan estratégicamente porque su decisión depende de la que tome el otro pescador. De acuerdo a la matriz de pagos, cada uno de ellos sabe que, si el otro decide pescar sustentablemente, lo que más le convendrá será sobreexplotar (así capturará 8 unidades), mientras que si el otro pescador decide sobreexplotar, también le convendrá hacer lo mismo para minimizar su pérdida. Sin importar lo que haga el otro pescador, a cada uno de ellos le convendrá sobreexplotar.

6 La matriz de pagos del ejemplo muestra las unidades pescadas por cada pescador. En cada uno de los cuatro cuadrantes, el primer número representa la captura que tendría el pescador II, mientras que el segundo muestra los del pescador I.

Tabla 3. 3. Matriz de pagos de la pesca no regulada

		Pescador I	
		Pesca sustentable	Sobreexplotación
Pescador II	Pesca sustentable	7-7	3-8
	Sobreexplotación	8-3	4-4

Este dilema del prisionero muestra la maldición de los bienes comunes que puede darse bajo ciertas circunstancias que estorben la coordinación entre las partes involucradas, pero no necesariamente es un resultado inevitable. La coordinación no solo es un resultado factible, sino que es la solución predominante cuando se alcanzan ciertas condiciones, como interacciones repetidas, mutuo conocimiento o lazos de confianza derivados de la pertenencia a un mismo grupo, como el linaje.

Cabe notar que puede lograrse un uso sustentable de los recursos a través de la propiedad privada, de la propiedad comunal o de la propiedad pública con regulación del recurso. Todas estas formas de propiedad contribuirán a eliminar el problema de la sobreexplotación. En otras palabras, los argumentos utilizados fundamentan la regulación del recurso más que la propiedad privada ya que, en definitiva, consideran la propiedad privada como un instrumento para lograr una adecuada regulación del recurso. Las bondades que se esperan de la propiedad en cuanto a internalizar externalidades positivas, a internalizar los beneficios generados por el esfuerzo empeñado en la actividad productiva y a rechazar las externalidades negativas que emergen del mal empleo de los bienes de uso común, no exige necesariamente que el tipo de propiedad sea el que conocemos como privada individual.

En efecto, estas ventajas pueden lograrse también con la propiedad comunal o la propiedad estatal que pueden diseñar una regulación apropiada. Como hemos dicho, el objetivo es el mayor bien común que pueda derivarse de la existencia de la propiedad y este puede lograrse con distintos tipos, ya que la propiedad no es un fin en sí mismo. Al contrario, es un mero instrumento que permite regular el uso y explotación de un recurso de modo que así contribuya a un bien mayor: el bien común.

No obstante el argumento anterior respecto a la sobreexplotación, cabe aclarar también que la propiedad privada no es la mejor solución para lograr sustentabilidad en la explotación de cierto tipo de recursos. En efecto, es algo ampliamente documentado que la propiedad privada en el sistema capitalista conduce a la sobreexplotación de los recursos naturales, especialmente los no renovables como el petróleo. Esto es así porque la lógica del capital es la búsqueda del beneficio y, en

consecuencia, es cortoplacista y su horizonte de expectativas no incluye las generaciones futuras a las que puede, sin ningún complejo, dejar sin recursos. Tampoco posee el tipo de pensamiento estratégico que caracteriza a las buenas naciones, como la inteligencia de cuidar la disponibilidad intergeneracional de recursos estratégicos tan caros al desarrollo y la seguridad como la energía.

Las matemáticas financieras nos muestran crudamente la lógica del capital: un ingreso generado dentro de 50 años tiene un valor aproximado de tan solo el 3 u 8% del valor actual (dependiendo de cuál sea la tasa de descuento utilizada). Esto significa que, dado un recurso que la generación futura valorará en \$ 100, para una firma este ingreso generado en el futuro vale tan solo \$ 3 u \$ 8; en consecuencia, el interés de las firmas es el de adelantar todo lo posible la corriente de ingresos para maximizar su valor. Por ejemplo, una firma petrolera guiada solo por su beneficio –como YPF durante los 90–, preferirá adelantar la explotación de sus pozos y destinarlos a la exportación para recibir el 100% del valor del pozo, porque si lo mantiene en reserva durante 50 años, los ingresos futuros apenas incrementarán sus ingresos actuales entre 3 y 8 pesos. De manera que esta decisión, ni es solidaria con los ciudadanos de 2060, ni es inteligente respecto al uso estratégico de los recursos nacionales.

Entonces, los bienes comunes no regulados, sin duda, son una extraordinaria fórmula para la sobreexplotación: en estos casos, el que conserva se hace cargo de los respectivos costos sin acceder a los beneficios de hacerlo. Por el contrario, aquellos que explotan en exceso estos bienes obtienen el beneficio, pero no pagan los costos de hacerlo. En definitiva, los bienes comunes no regulados son una invitación para el exceso, no para conservar ni multiplicar el stock de bienes y productos.

En esta idea podemos detenernos para analizar qué ocurriría con un bosque abierto a la explotación, donde todos pudieran extraer la madera, la leña, los frutos y demás bienes sin ningún tipo de limitación. Lo más razonable es concluir que, al poco tiempo, el recurso se degradaría hasta hacerlo inútil a su fin. Así, el derecho de propiedad tiene un propósito productivo que lo fundamenta, es útil como instrumento para lograr un bien mayor.

La realidad demuestra que la factibilidad de los bienes comunes no regulados se encuentra en su adecuación al grado de utilización del recurso. Así, si el bien es explotado por un conjunto de personas sin llegar a afectar su natural reproducción, el sistema puede mantenerse hasta que la presión por el uso y la explotación lo hagan inviable. Ante esta situación, las diversas sociedades han resuelto la sobreexplotación mediante el mecanismo de la exclusión a través de la propiedad o la regulación. Es decir que el bien se encuentra en común para los individuos que pertenecen al grupo, excluyendo de su explotación a todos aquellos extraños

al conjunto. Incluso, cada uno de los autorizados a explotar debe hacerlo de acuerdo a ciertas cuotas previamente establecidas.

Esta forma de apropiación originaria se ha dado en todas las sociedades cuando los bienes comenzaron a escasear, a partir del momento en que el aumento de la demanda supera la posibilidad de recuperación del bien.

En resumen, tanto la propiedad privada como la común o comunal llevan implícita la facultad de exclusión, de lo contrario, la degradación por la sobreexplotación depredaría uno a uno la totalidad de los bienes.

Cabe apuntar que, en realidad, es muy poco probable la existencia de bienes comunes sin regulación en algún momento histórico a partir de que el hombre dejó de ser un cazador-recolector y se afincó en un lugar concreto. Gradualmente, la posesión de ciertos recursos era detentada por unos con exclusión de otros. Asimismo, dentro del grupo que detentaba la posesión del bien, existían normas y regulaciones orientadas a la conservación del mismo y a su adecuada explotación.

3. 8. Remedios o recomendaciones para el tribunal

Existen dos tipos de remediaciones aplicadas por los tribunales: daños compensatorios (DC) y mandato judicial (*Injunction*).

Cuando hablamos de daños compensatorios se trata de una compensación monetaria que deja a la víctima en una situación de indiferencia, le da lo mismo el perjuicio más la compensación que no haber sido perjudicado.

En cuanto al mandato judicial, la corte ordena una acción o inacción a una de las partes. El mandato debe ser entendido como una invitación a la negociación por parte de la corte. En efecto, el mandato asigna el derecho de propiedad a una de las partes.

Guido Calabresi argumenta que el consejo óptimo para la corte es que no se enfoque en los costos y beneficios de las dos situaciones, para el que no están preparadas sino que, más bien, se concentre en analizar los costos de transacción. Si los CT son bajos, el mandato es conveniente; en cambio, si los CT son altos, es recomendable DC. Siempre ha de tenerse en cuenta que para las cortes es muy difícil establecer correctamente los DC.

3. 8. 1. Ejemplo de CT bajos

Hay dos vecinos, A y B, el primero toca la guitarra, actividad que le genera una utilidad: $U(A)=\$1000$, mientras que al segundo, el sonido le provoca un malestar o costo equivalente a $c(B)=\$100$. ¿Cuál es la recomendación

para la corte? Los CT son bajos, corresponde aplicar un mandato en cualquier sentido. Si le ordena a A no tocar la guitarra, A podrá negociar una compensación con B y pagarle entre \$ 100 y \$ 1000 por lo que, finalmente, tocará la guitarra. Igualmente, si la corte falla en contra de B, A optará por seguir tocando porque el vecino B nunca estará dispuesto a pagar los \$ 1000 que exigiría el guitarrista para dejar de hacerlo. Si los CT son bajos el mandato judicial conduce a la eficiencia, que en el ejemplo se alcanza si A puede tocar la guitarra. No interesa a quién le asigne el derecho de propiedad la corte, la asignación que resulte será eficiente y la misma, A podrá tocar. En cambio, la distribución del ingreso no será la misma, beneficiará solo a uno de los dos, el que consiga el mandato judicial a su favor. De este modo, se evita que la corte establezca el daño compensatorio que puede conducir a un resultado ineficiente. Por ejemplo, si $DC = \$ 1100$, el guitarrista no tocará y la solución no es óptima. Podría agregarse que un juez sabio probablemente le daría el derecho a B porque, de este modo, le generaría una compensación, distribuiría ese excedente mencionado entre los dos y A seguiría tocando.

3. 8. 2. Ejemplo de CT altos

Se trata del mismo caso, solo que, en lugar de haber un vecino perjudicado, hay muchos: los 100 vecinos del edificio. Tenemos $U(A) = \$ 1000$ y los costos de cada uno de los vecinos suman $C(v_n) = \$ 5$, pero, al ser 100 vecinos, $C(v) = (vn) = \$ 500$. La solución eficiente para el conjunto sigue siendo tocar. Pero la negociación es difícil, los CT son elevados porque dado el elevado el número de vecinos habrá oportunistas y conductas estratégicas (*free riders* y *holdouts*). Será difícil para el guitarrista obtener el acuerdo de todos y cada uno de los perjudicados, porque cada uno de ellos tiene el incentivo de ser el último con quien negociar para obtener una mayor porción de la distribución del ingreso resultante. De este modo, nadie negocia (por eso se llama *holdouts* a quienes decidieron quedarse fuera y no aceptar el canje de la deuda argentina). De esta manera, el mandato no conduciría a la solución óptima porque el guitarrista no conseguirá negociar con todas las partes implicadas. En este caso la única recomendación para la corte es imponer daños compensatorios.

3. 9. La propiedad y la acumulación por desposesión

Cada comunidad organizó la forma y el mecanismo de adquirir y transferir objetos y bienes entre sus integrantes a fin de lograr cierto tráfico pacífico de los objetos y bienes poseídos por el grupo. Sin perjuicio de

ello, cabe resaltar que otro medio extensamente utilizado para cambiar de manos la propiedad ha sido, y sigue siendo, el ejercicio de la fuerza. En sus diversas formas, como la brutalidad desencadenada por la guerra, la extorsión, intimidación, saqueo o por la violencia de un robo, la fuerza se nos manifiesta como un mecanismo que, lamentablemente, se ha usado hasta el hartazgo para acceder a la propiedad. Existe una visión menos indulgente que la empleada por Spector respecto a la apropiación originaria. Quienes hayan leído el capítulo xxiv del tomo 1 de *El Capital* de Karl Marx (1967 [1867]), podrán contrastar que esta tierna historia sobre la apropiación se trastoca en la pesadilla de la realidad histórica.

De acuerdo con Marx, la acumulación originaria está en la génesis del capital y el sistema capitalista. En efecto, el capital sale del excedente (o plusvalía) y este surge del trabajo asalariado apropiado por el capitalista, que genera nuevo capital. Pero entonces, ¿de dónde provino el capital original? Todo es un círculo del que solo se sale dando por supuesta la acumulación originaria, anterior a la acumulación capitalista. Este es el punto de partida del sistema capitalista de producción. Para Marx, la acumulación originaria cumple el papel del pecado original en la religión judeo-cristiana: a partir de ahí se transmitió a toda la humanidad.

Con respecto al tema, y para poner de relieve las dos visiones, es eludible leer este párrafo del capítulo xxiv:

Los orígenes de la primitiva acumulación pretenden explicarse relatóndolos como una anécdota del pasado. En tiempos muy remotos –se nos dice–, había, de una parte, una minoría trabajadora, inteligente y sobre todo ahorrativa, y de la otra un tropel de descamisados, haraganes, que derrochaban cuanto tenían y aún más. Es cierto que la leyenda del pecado original teológico nos dice que el hombre fue condenado a ganar el pan con el sudor de su frente; pero la historia del pecado original económico nos revela por qué hay gente que no necesita sudar para comer. No importa. Así se explica que mientras los primeros acumulaban riqueza, los segundos acabaron por no tener ya nada que vender más que su pellejo. De este pecado original arranca la pobreza de la gran mayoría, que todavía hoy, a pesar de lo mucho que trabajan, no tienen nada que vender más que sus personas, y la riqueza de una minoría, riqueza que no cesa de crecer, aunque haga ya muchísimo tiempo que sus propietarios han dejado de trabajar. [...] Tan pronto como se plantea el problema de la propiedad, se convierte en un deber sacrosanto abrazar el punto de vista de la gaceta infantil, como el único que cuadra a todas las edades y a todos los períodos. Sabido es que en la historia real desempeñan un gran papel la conquista, la esclavización, el robo y el asesinato;

la violencia, en una palabra. En la dulce economía política, por el contrario, ha reinado siempre el idilio. Las únicas fuentes de riqueza han sido desde el primer momento la ley y el «trabajo», exceptuando siempre, naturalmente, «el año en curso». Pero, en la realidad, los métodos de la acumulación originaria fueron cualquier cosa menos idílicos. (Marx, 1967, p. 103)

Debe recordarse que, en la Edad Media, los siervos de la gleba eran también propietarios de los terrenos que utilizaban. En el caso bien documentado del Reino Unido, los siervos fueron desplazados de sus casas y de sus tierras de labranza, propias y comunales, cuando subieron los precios de la lana tras el fuerte desarrollo de estas manufacturas en Flandes. De esta manera, las tierras fueron liberadas para destinarlas al pastoreo y la trashumancia. Este fue el doble papel de la acumulación originaria: por un lado, creó capital original y, por el otro, inundó las ciudades de desposeídos que abarataron los salarios e impulsaron el consumo. El proceso conocido por *desamortización*, reforma del siglo XVIII que expropió inmuebles a la iglesia –la mayor propietaria de la época–, terminó profundizando la acumulación porque, al perseguir las propiedades de la iglesia, expulsó a sus habitantes de las tierras que después fueron privatizadas, habitualmente a precios viles.

La masa de expulsados de las zonas rurales creció más rápido de la que podía absorber laboralmente el sistema productivo de las ciudades, la industria incipiente. Así fue que muy pronto se convirtieron en vagabundos y hasta bandoleros, algunos por necesidad, otros por preferencias. Naturalmente, la solución de los reyes ingleses fue atacar duramente el vagabundeo, con penas como cortar media oreja, esclavitud, escarnio público (marca de fuego con la letra v), licencia de mendicidad, azotes, cárcel, hasta la horca si había reincidencias. Quizá el autor que describió esos tiempos con mayor crudeza fue Santo Tomás Moro (condenado a muerte por Enrique VIII en 1535 por no renunciar a la religión católica), autor del libro *Utopía* (1516), quien en su obra expresa que la pena de muerte por el delito de robar pan es extraordinariamente elevada y, sin embargo, no es lo suficientemente grave para evitar que aquel que tiene hambre, lo haga.

Algo semejante sucedió con nuestros paisanos los gauchos y mestizos,⁷ quienes, tras los cercamientos en los campos, tuvieron que

7 José Hernández, en su magistral obra *Martín Fierro*, describe las penurias del gaucho en aquellos tiempos: «Él anda siempre juyendo, / siempre pobre y perseguido, / no tiene cueva ni nido / como si fuera maldito. / Porque el ser gaucho... barajo, / el ser gaucho es un delito» (2000 [1897], vs. 1325-1330).

emigrar a la capital y fueron estigmatizados con expresiones como *cabecitas negras* o *aluvión zoológico*.⁸ Con el paso de los años, los herederos de esta pobreza siguen habitando las periferias de las grandes ciudades y continúan siendo castigados al atribuirseles el origen de muchos males sociales, como la delincuencia y el gasto social que compromete las arcas del Estado.

El descubrimiento de los yacimientos de oro y plata de América, la cruzada de exterminio, esclavización y sepultamiento en las minas de la población aborígen, el comienzo de la conquista y el saqueo de las Indias Orientales, la conversión del continente africano en cazadero de esclavos negros: son todos hechos que señalan los albores de la era de producción capitalista. Estos procesos idílicos representan otros tantos factores fundamentales en el movimiento de la acumulación originaria. (Marx, *Capital I*, xxiv, p. 140)

Karl Marx menciona como otros eventos creadores de la propiedad originaria las guerras comerciales europeas, la esclavitud y el comercio de esclavos, y el trabajo infantil, entre otros, todas formas violentas de robarle la propiedad privada del trabajador.

3. 10. La propiedad y el dominio en nuestro derecho

Desde un punto de vista muy vasto, podemos afirmar que el instituto de la propiedad se trata de una entidad jurídica compleja que contiene derechos y obligaciones referidas a un objeto tanto material como intangible.

Las entidades jurídicas pueden ser de muchos tipos diferentes, incluyendo individuos, linajes, unidades domésticas, comunidades, naciones y corporaciones. Los derechos pueden subdividirse en derechos de uso (cultivo, operaciones de herramientas o animales, consumo, caza y pesca, tránsito) y derechos de transferencia (dar, vender, prestar y devolver). Los deberes incluyen mantenimiento, preservación, pago de impuestos y otorgamientos de servicios de trabajo. Prácticamente cualquier bien, servicio o acción puede incluirse entre los objetos sometidos a reglas de propiedad. Tierra, árboles en la tierra, pastos sobre la tierra, cosechas anuales de la tierra, agua, caminos, minerales, gemas, minas de arcilla, herramientas,

8 El diputado nacional Ernesto Sanmartino (UCR) utilizó esta frase en el congreso para referirse a los cabecitas negras que inundaban las calles de Buenos Aires. La expresión *cabeza negra* fue originalmente utilizada en forma peyorativa para describir la población trabajadora de las provincias que emigró al área metropolitana de Buenos Aires.

construcciones, ropas, armas, cazuelas, bastones y una amplia gama de lo que suele conocerse como servicios (curación, adivinación, canciones, canto de canciones, danzas, reparación de objetos, ejecución de rituales) pueden ser sujetos de reglas de propiedad (Barfield, 2000, p. 43).

Propiedad y dominio no son sinónimos. La propiedad alude –conforme a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema– a un concepto mucho más amplio que abarca no solo al dominio sino también a todo derecho patrimonial. La propiedad, en las palabras de la Corte, abarca todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad. Por el contrario, el dominio alude a la propiedad de las cosas.

Nuestro derecho establece la inviolabilidad de la propiedad en los artículos 14 y 17 de la CN. El artículo 14 dispone:

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Y el artículo 17:

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Por su parte el, ya derogado, Código Civil establecía:

- En el art. 2.506: «El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona».

- En el art. 2.513: «Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular».
- Y, finalmente, en el art. 2.514: «El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades».

Resulta interesante para nuestro trabajo detenernos en la redacción original de estos dos últimos artículos. El primero disponía:

Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla, según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos.

Y el 2.514 decía: «El ejercicio de estas facultades no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad».

La claridad de ambos textos nos exime de análisis, ya que surge obvia la distinta intensidad con que fue regulada la propiedad en el texto original de Dalmacio Vélez Sarsfield y luego en la nueva norma incorporada por la Ley 17.711.

Si bien pareciera que la idea de un derecho de propiedad absoluto y aún abusivo estuvo vigente en nuestro país desde 1871 (entrada en vigencia del Código Civil) hasta la reforma constitucional de 1949, queda claro que la propiedad como cualquier otro derecho no es absoluta, ya que la atribución de derechos absolutos a los individuos entra en colisión con la eficacia de la vida en común, protegida y regulada en cualquier orden jurídico.

Nos referimos a la entrada en vigencia del Código Civil, en su carácter de reglamentación de algunos de los derechos establecidos en la Constitución, porque del texto constitucional no puede necesariamente inferirse que la propiedad, cuyo derecho se garantiza, tiene el carácter absoluto –y aun abusivo– que en alguna medida parece que le otorgó el texto del código original. En este sentido, puede observarse que –aun con posterioridad a la reforma de la Ley 17.711, que introdujo importantes limitaciones al derecho de propiedad– los textos originales de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional se adecuan perfectamente a los nuevos principios activados por la ley citada. Y en el Código

Civil y Comercial, las limitaciones legales al derecho de propiedad son aún más claras, sin que ellas entren en colisión con las disposiciones constitucionales.

Por su parte, cabe destacar que la Constitución de 1949, en el art. 38, disponía que «La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común» y, en el art. 39, que «El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social», por último, el art. 40 afirmaba que «La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social».

Durante el año 1968, se sanciona la Ley 17.711, que introduce profundos cambios a la ideología de nuestro Código Civil. Con esta reforma, se plasma un nuevo paradigma en el régimen de propiedad en nuestro derecho. El propietario mantiene la facultad de servirse de la cosa, de usarla, gozarla y disponer de ella, pero dentro de un infranqueable límite dispuesto por el ejercicio regular de ese derecho. Es decir que ya no puede destruir, degradar o desnaturalizar la cosa sujeta al ejercicio de su derecho de propiedad.

Con el nuevo Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia se produjo el 1 de agosto de 2015, se regula el dominio en el art. 1941, que dispone: «El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley».

Aquí se observa claramente que la nueva norma continúa el derrotero marcado por la evolución legislativa, que comienza con el código de Vélez –con una fuerte dosis de poder otorgado al titular de dominio–, continúa con la reforma constitucional de 1949 que, pese a la ilegítima derogación producida por un Gobierno militar, mantuvo vivas sus convicciones jurídicas y que luego, con la reforma de la Ley 17.711, se incorporan al Código Civil varias de ellas, por ejemplo, los límites al derecho de propiedad, la lesión y el abuso del derecho. Finalmente, con esta última reforma ya no queda duda alguna ni ambigüedad posible, el propio texto legal expresamente dispone que la propiedad es un derecho que debe ejercerse dentro de los límites que impone la misma ley. De manera tal que, para nuestro sistema jurídico, la propiedad es un complejo de derechos y obligaciones.

El límite al derecho de propiedad que establecía nuestro anterior código se encuentra en el ejercicio regular de ese derecho, es decir, la actuación del propietario no debe ser abusiva. Para comprender el significado

del concepto de abuso, corresponde remitirse al art. 1.071 del Código Civil, que disponía:⁹

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Este instituto del abuso del derecho se encuentra regulado en diversos artículos del CCC. En el art. 10 dispone:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

En el art. 14:

En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales;
- b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Por su parte, el CCC establece que el ejercicio del derecho de propiedad debe realizarse dentro de los límites que establece la propia ley. Entre los límites que establece la ley al ejercicio de los derechos individuales se establece en la Sección Tercera «Bienes con Relación a los Derechos de Incidencia Colectiva», del Título III «Bienes», en el art. 240:

El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones 1 y 2 debe ser compatible con los derechos de

9 Véase la reforma dispuesta por la Ley 17.711 de 1968.

incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

3. 10. 1. Caracteres

El derecho de propiedad es un derecho real, significa que se trata de la regulación jurídica de una relación directa e inmediata entre una persona y una cosa. Es decir, entre la cosa sujeta al ejercicio de un derecho de propiedad y la persona que lo detenta existe una relación directa, sin intermediación alguna. El CCC dispone, en el art. 1.882: «El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este código». El derecho de propiedad:

- Es un derecho de señorío.
- Es perpetuo.
- No es absoluto.
- Es exclusivo.

Es un derecho de señorío, de potestad, que se tiene sobre una cosa; es el más amplio que se tiene, ya que abarca al resto de los derechos reales que se pueden tener sobre una cosa, por ejemplo, posesión, usufructo, entre otros.

Es perpetuo, lo que significa que el derecho no se pierde por falta de uso o porque otro lo use, si no logra reunir los extremos que posibilitan la usucapición.¹⁰ Sin perjuicio de la pérdida de la propiedad en virtud del abandono.¹¹ El art. 2.510 del Código Civil disponía:

10 Se trata de una antigua institución jurídica que nos viene del derecho romano y se manifiesta como una forma originaria de adquirir el dominio de las cosas; lo que se obtiene mediante la posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el lapso que determina la ley (en nuestro derecho y para el caso de bienes inmuebles se requiere la posesión ininterrumpida durante el lapso mínimo de veinte años). Se sustenta en la idea de justicia que se desprende del hecho de castigar al propietario que no se ocupa de sus bienes y premiar a aquel que usa, mejora y cultiva la tierra, otorgándole el título de propiedad.

11 Véase el artículo 2.607 del cc.

El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que este pueda adquirir la propiedad por la prescripción.

En el Código Civil y Comercial, el art. 1.942 establece:

El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que este adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.

Con respecto a la extinción del dominio por el abandono, el nuevo texto dispone en el art. 1.907:

Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, estos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena.

No es absoluto, conforme a lo que dispone la Constitución Nacional y los artículos 2.513 y 2.514 del CC (ya transcriptos), en razón de que el ejercicio de este derecho se encuentra circunscrito al ejercicio regular del mismo, es decir, veda la actuación abusiva del propietario. Corresponde destacar el enorme avance que significó la reforma de la Ley 17.711 ya que –si bien la jurisprudencia y las convicciones jurídicas del pueblo hacía ya mucho tiempo que le negaban a la propiedad el carácter de absoluto– la nueva norma fortalece de manera contundente los criterios consolidados durante la primera mitad del siglo XX. Con la sanción del CCC y lo que dispone en su art. 1.941 (ya transcripto), este criterio queda absolutamente fortalecido en razón de que, como ya hemos destacado, es el propio texto de la ley lo que dispone que el ejercicio de este derecho debe hacerse dentro de los límites que esta impone. En consecuencia, la propiedad no se regula en nuestro orden jurídico como un derecho absoluto.

Sin perjuicio de lo dicho y desde otra óptica, debe tenerse en cuenta que se puede calificar a los derechos reales de absolutos ya que dicha calificación se sustenta en que pueden oponerse *erga omnes*, en

contraposición con los derechos creditorios, que solo pueden oponerse al deudor y, por lo tanto, resultan relativos.

Es exclusivo. Se ha dicho que el derecho de propiedad es exclusivo, sobre la base de lo dispuesto en el art. 2.508 del Código Civil: «El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener». En realidad, lo que concretamente dispone este artículo es que no pueden dos personas a la vez y al mismo tiempo tener un dominio exclusivo sobre la misma cosa. Pero bien pueden tener la cosa en condominio. Además, el dominio puede coexistir con otros derechos reales que afectan al mismo bien (por ejemplo, hipoteca o usufructo). Sin perjuicio de ello, no debemos confundir este carácter con la facultad de exclusión que posee el propietario frente a terceros en cuanto al uso y disfrute de la cosa, que se encuentra en la base de la definición del derecho de dominio. Así, la característica central de este derecho se encuentra en la facultad de exclusión del resto de las personas en cuanto al uso y goce del objeto sujeto al derecho de propiedad.

En el CCC, este principio es tratado en el art. 1.943: «El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que le falta al título».

Por último, desde la consolidación de la función social de la propiedad, prevista en el texto constitucional de 1949, su concepción impregnó las convicciones jurídicas colectivas. A partir de este concepto y de los nuevos textos incorporados a nuestro derecho positivo, entre ellos la Ley 17.711 y el CCC, la propiedad dejó de ser simplemente un derecho para transformarse en un complejo de derechos y obligaciones. Hoy el propietario no solo tiene el derecho sobre la propiedad que detenta de usar, gozar, y disponer material y jurídicamente de la cosa, sino también las obligaciones que surgen de este derecho. En este sentido, nadie puede negar, por ejemplo, que el propietario de un fundo urbano tiene, además de la propiedad, la obligación del mantenimiento adecuado de las edificaciones que contenga con el fin de evitar eventuales daños, o la simple ordenanza municipal sobre cercos y veredas, o ciertos impuestos –como la renta potencial de la tierra–, o los precisos límites en cuanto a la posibilidad de subdividir la tierra urbana o rural, en un caso, en un lote de medidas mínimas que permita el adecuado desarrollo de una vivienda unifamiliar, y en el otro, como una unidad económica viable. En fin, la lista es muy larga.

Todo ello nos demuestra acabadamente que la propiedad no solo es un derecho, sino que se transforma en un complejo jurídico compuesto de derechos y obligaciones.

3.10.2. Derechos que surgen del dominio

El ejercicio del derecho de propiedad genera a favor del titular los siguientes derechos:

El derecho a servirse de la cosa, usarla y gozarla, conforme a un ejercicio regular (artículo 2.513 del CC; en el CCC es el artículo 1.941).

Y el derecho a disponer de la cosa, en el sentido de enajenarla, gravarla, alquilarla. Además de esto, el propietario puede abdicar de la cosa, simplemente abandonándola. Todas estas facultades del propietario no pueden ser restringidas en la medida que no fuere abusivo (artículo 2.514 del CC; el nuevo texto resume este concepto en un solo artículo, el 1.941 citado).

3.10.3. Extensión del dominio

El problema de la extensión del dominio solo se plantea respecto de los bienes inmuebles, ya que las cosas muebles pertenecen en su totalidad al propietario sin que corresponda discutir en cuanto a la extensión de su derecho. No ocurre lo mismo con los inmuebles, ya que cabe preguntarse hasta donde llega el dominio de estos.

En este sentido, el art. 2.518 del CC disponía:

La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio.

Los glosadores decían que la propiedad de los inmuebles se extiende hasta el cielo y el infierno. Hoy, este planteo no resiste el análisis. Y, en razón del ejercicio regular del derecho de propiedad, la extensión del dominio en cuanto al subsuelo o al espacio aéreo debe estar limitada a lo que resulte necesario para el uso adecuado y regular del predio.

En nuestro derecho positivo, el Código Aeronáutico establece que el despegue, circulación y aterrizaje de aeronaves es libre en todo el territorio argentino, por lo que cabe concluir que nadie puede, en virtud de su derecho de propiedad, prohibir el uso del espacio aéreo para la circulación de aeronaves.

Con respecto al subsuelo, también el Código de Minería ha establecido serias limitaciones en cuanto a la propiedad de las minas. Así, se dispone que las minas son bienes del dominio privado del Estado nacional o provincial, según corresponda. Con la salvedad de que pertenecen al titular del dominio de la superficie las producciones minerales de naturaleza pétreo o terrosa, es decir, lo que denominamos canteras.¹²

En este sentido, el CC disponía en el art. 2.342 cuáles son los bienes del dominio privado del Estado nacional, provincial o municipal. En el inc. 2 establece: «Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de las personas sobre la superficie de la tierra».

Por su parte, el art. 124 de la CN, establece que: «Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio».

Asimismo, la reforma de la Ley 17.711 introdujo en el art. 2.340, inc. 3, del CC (que enumera los bienes que corresponden al dominio público del Estado) el siguiente texto:

Quedan comprendidos entre los bienes públicos: los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación.

Es decir, las aguas subterráneas no son propiedad del dueño de la superficie, sino que son dominio público del Estado, sin perjuicio de la posibilidad del uso que de ellas haga el superficiario, en el marco del reglamento que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación, en ejercicio del poder de policía.

Por último, tampoco los yacimientos arqueológicos o paleontológicos de interés científico pertenecen al propietario de la superficie, sino que se los considera dominio público del Estado, conforme al CC, art. 2.340, inc. 9, reformado por la Ley 17.711, que dispone: «Quedan comprendidos

12 El Código de Minería establece diversas categorías de minas, la tercera categoría corresponde a minas que pertenecen al propietario del suelo y que nadie puede explotar sin su consentimiento. Componen esta categoría las producciones minerales de naturaleza pétreo o terrosa y, en general, todas las que sirven para materiales de construcción y ornamento, cuyo conjunto forman las canteras.

entre los bienes públicos: las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico».

Conforme hemos analizado al comenzar el estudio del derecho de propiedad en nuestro derecho positivo, vimos que tiene recepción constitucional, en los artículos 17 y 14, lo que implica que su efectivo ejercicio debe estar enmarcado por la reglamentación respectiva, conforme lo establece específicamente el art. 14, y con las limitaciones impuestas por el art. 28.

El Código Civil y Comercial trata la extensión del dominio en el art. 1.945:

El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que el aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto en los derechos de propiedad horizontal y superficie. Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble si no se prueba lo contrario.

Con respecto a la regulación del dominio público y privado del Estado, actualmente se regula en los arts. 235 y 236, que disponen:

Artículo 235. Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

- a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;
- b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;
- c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la

medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

- d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;
- e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;
- f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;
- g) los documentos oficiales del Estado;
- h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

Artículo 236. Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

- a) los inmuebles que carecen de dueño;
- b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;
- c) los lagos no navegables que carecen de dueño;
- d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;
- e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

En definitiva, en nuestro derecho positivo la propiedad se encuentra regulada con claras limitaciones orientadas a la protección del interés público. Dicho en otros términos, nuestro derecho reconoce expresa y concretamente que la propiedad privada tiene un fin social que le viene dado de su propia esencia. Es decir que nuestro orden jurídico se encuentra intensamente alejado de aquel remoto Código Civil de Vélez, que reconocía en el propietario un derecho casi ilimitado, exclusivo, absoluto y perpetuo. Hoy la propiedad encuentra su proporción y medida en el fin social que se tiene en consideración al momento de reconocerla, lo que le viene dado por su propia naturaleza.

El liberalismo naciente, frente a la destrucción del antiguo régimen feudal, planteó la propiedad como absoluta e ilimitada –teniendo en mira la voracidad de los gobiernos autocráticos que debía soportar– como garantía de un primer eslabón de libertad para los reducidos sectores de la población que habían podido acumular ciertos bienes. Frente a ese poder ilimitado y despótico se debía construir también un derecho ilimitado y despótico.

Pero, en realidad, el derecho de propiedad –como cualquier otro derecho o construcción jurídica– tiene en mira a la sociedad, al conjunto de individualidades que componen el grupo social del que se trate. Es decir, el orden jurídico es un producto de las voluntades individuales profundamente unidas en una comunidad concreta. Si el origen de todo derecho es el hombre articulado de manera indisoluble a la sociedad que lo posibilita y le da vida, es una contradicción pretender que existan derechos que enfrenten de manera irreductible al individuo con el grupo social.

Así, el contenido social del derecho de propiedad –como el de cualquier otro que se nos pueda ocurrir– es una característica que siempre calificó a este derecho, en particular, y al orden jurídico, en general, más allá del pequeño y reducido momento histórico en que las ideas liberales redujeron a historia al vetusto sistema feudal. Ya el mismo código de Vélez, pese a su indiscutido tinte individualista, reconocía la existencia de restricciones y límites al dominio. Trataba sobre ellos en el Título Sexto del Libro Tercero «de los derechos reales».

Nuestra jurisprudencia también ha aportado sobre este tema:

En lo que respecta al interés social, una propiedad ilimitada sería tiránica con respecto a los individuos y anárquica respecto de la sociedad. (Cámara Civil 1. LL 3-698)

La propiedad, como todos los derechos no es absoluta, sino limitada, ya que la afirmación de derechos absolutos importaría la concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia. (Cámara Federal de Capital. LL 16-907)

El derecho de propiedad no es absoluto. Está sujeto a las limitaciones que le impone la convivencia y los intereses superiores de la comunidad. (Cámara Civil 2. Cap. LL 46-520)

3.10.4. Las restricciones o límites al dominio

Hemos dicho que el carácter absoluto del derecho de propiedad solo puede interpretarse adecuadamente a la luz de la legislación vigente, si entendemos que se refiere a la facultad de oposición *erga omnes*, pero no

en cuanto a su contenido. Precisamente, en este punto vamos a detenernos en aquellas disposiciones legales que, en razón de los más diversos fundamentos, ponen límites precisos a las facultades que el titular del dominio tiene sobre la cosa. Recordemos que el art. 1.941 del CCC establece que el dominio es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa dentro de los límites previstos en la ley.

3. 10. 5. Naturaleza de las restricciones

Las restricciones implican la determinación del marco dentro del cual se desenvuelven las facultades inherentes al dominio, de manera tal que estas implican el estatuto normal dentro del que se ejercen los derechos de propiedad. Entonces, ellas no establecen ni determinan un sacrificio excepcional del dominio, ni su desmembramiento, a favor de un tercero, sea una persona, un grupo o la comunidad, por el contrario, solo determinan el cauce jurídico corriente dentro del que debe ejercerse el derecho.

Es por ello, que la doctrina manifiesta que las restricciones afectan el carácter absoluto del dominio que, como ya hemos dicho, a partir de la reforma de la Ley 17.711, en nuestro derecho la propiedad no es absoluta. Sin perjuicio de reiterar que la existencia de un derecho de alcance absoluto atenta contra existencia misma de la sociedad.

Cabe preguntarse cuál es el origen o la fuente de las restricciones. A partir de lo que hemos dicho antes, en el sentido de que las restricciones forman parte del ejercicio normal de las facultades del derecho de propiedad, resulta natural que deben tener la misma jerarquía legal. Es decir que las restricciones deben ser impuestas por ley.

Cuando la restricción está establecida a favor del interés privado –es decir, cuando se refiere fundamentalmente a razones de vecindad y a limitaciones de neto carácter recíproco– corresponde a las atribuciones constitucionales del Congreso Federal, en razón de que el dominio cae bajo la regulación del Código Civil, materia específicamente delegada a las autoridades federales conforme a lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la CN.

En cambio, cuando las restricciones se establecen teniendo en mira el interés general, su legislación corresponde a las legislaturas provinciales o a los concejos municipales, ya que estos temas integran el derecho público provincial o municipal, que resulta una materia no delegada y, en consecuencia, reservada por las provincias al momento de la concreción de la federación (art. 121 CN).¹³

13 Artículo 121 CN: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación».

El art. 2.611 del CC disponía: «Las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público son regidas por el derecho administrativo».

En la nota de este artículo, Vélez aclara: «las restricciones al dominio privado en miras de salvar otros derechos de las propiedades contiguas son principalmente el único objeto de este título». En consecuencia, las restricciones a las que se refiere el derecho civil tienen en mira la relación entre propietarios, es decir son límites que se imponen al ejercicio del derecho de propiedad, en salvaguarda de otra propiedad.

En el CCC, las restricciones al dominio son tratadas a partir del art. 1.970 con la denominación de límites al dominio. Este artículo dispone: «Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción». Y el art. 1.971 dice: «Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio».

De esta manera, se observa que el derecho civil –en contraposición a las restricciones impuestas por el derecho administrativo, en atención al interés público– trata las restricciones que se refieren fundamentalmente a las relaciones de vecindad, que se manifiesta por la interferencia permanente en el ejercicio de diversos derechos de propiedad, sobre inmuebles, que en razón de su proximidad, pueden afectarse recíprocamente.

De esta manera, las vistas de las construcciones, las caídas de las aguas pluviales, las construcciones medianeras, la realización de pozos o fosas en el terreno propio, tolerar los andamios en terreno propio para una obra del vecino, la plantación de arbustos y árboles, las molestias que ocasiona el humo, la privación de luces o vistas, entre otros casos, son claras restricciones impuestas a los propietarios, no en beneficio de la comunidad en general, sino a favor de su propio vecino, con un irrefutable contenido de reciprocidad.

3. 10. 6. Restricciones administrativas

Siguiendo a Salvat, puede decirse que las restricciones administrativas son aquellas impuestas en interés, no de un sujeto determinado, sino de la comunidad, resultando así beneficiario el público que la compone, y que en manera alguna puede ser comparadas a las servidumbres reales, ya que estas constituyen un régimen de excepción en tanto que aquellas forman parte del régimen normal de la propiedad inmueble. Se caracterizan por no afectar el normal derecho del propietario que los soporta, pues su dominio se halla condicionado a

estas limitaciones. Imponen un deber de no hacer o dejar hacer porque se trata de tolerancias a la actividad administrativa, pero que en determinados casos puede llegar a un *facere* como en la construcción de una pared para cerrar un baldío. (Clerc, 1982, p. 81-82)

Conforme lo explica Bartolomé Fiorini (1976), vamos a distinguir el concepto de limitación y restricción. Sin perjuicio que el codificador utiliza ambos términos como si fueran sinónimos.

Las limitaciones son de carácter genérico y potencial, en cambio, las restricciones se nos manifiestan como condiciones especiales del ejercicio del derecho de propiedad, ya que emergen de la función social que esta cumple, como manifestación del ejercicio regular del derecho de dominio. Surgen de normas de carácter general, son permanentes y operativas.

Es decir que las limitaciones contienen a las restricciones, pero, mientras estas últimas se refieren al ejercicio regular del derecho de propiedad que el orden jurídico reconoce en cabeza de los particulares, las primeras tienen contenido más amplio, son excepcionales y recaen sobre distintas clases de bienes jurídicos. Cabe destacar que el Código Civil y Comercial, al igual que el antiguo Código Civil, trata de los límites al dominio, incorporando dentro de este concepto tanto a las restricciones como a los límites.

La naturaleza jurídica de las restricciones administrativas se caracteriza por no tener un beneficiario determinado ya que estas se constituyen a favor del interés público, a diferencia de las restricciones del derecho privado que siempre encuentran una persona beneficiaria, en forma determinada o determinable. Asimismo, tanto una como otra restricción no implican un sacrificio especial que debe soportar el propietario, sino que se manifiesta como el marco normal y natural del ejercicio del derecho de propiedad.

En este sentido, dice Manuel Diez: «las restricciones administrativas, es decir, las impuestas por el interés público, han de surgir por el hecho de la coexistencia de la propiedad con la comunidad, en base a una ley y con sujeción a una reglamentación administrativa» (1979, p. 251).

Entonces, la restricción es un instituto jurídico cuyo contenido se encuentra incorporado al ejercicio normal del derecho de propiedad. En este sentido, puede comprenderse que cuando una persona adquiere el dominio de un inmueble urbano no puede construir sobre este lo que quiera o pretenda, ya que deberá respetar las restricciones administrativas impuestas sobre el bien, referidas al planeamiento urbano establecido en la zona, de manera que podrá edificar hasta determinado número de metros cuadrados cubiertos, hasta cierta altura y en determinada

área de implantación. Asimismo, los usos del inmueble se encuentran estrictamente regulados mediante claras restricciones. De manera tal que podrá construir una vivienda uni o multifamiliar, un galpón para cierta industria o locales comerciales. En resumen, tanto la construcción del edificio como su uso posterior se encuentran condicionados por restricciones administrativas, impuestas por el planeamiento urbano establecido por el Gobierno municipal. Estos ejemplos evidencian que este tipo de restricciones no tienen un beneficiario particular, sino que la que se beneficia de ellas es la comunidad en su conjunto.

En razón de tratarse de un retroceso en el carácter absoluto del derecho de propiedad, su contenido debe estar estrictamente determinado. Por ello, las restricciones solo pueden ser establecidas por ley, federal o provincial, inclusive mediante ordenanzas municipales; de lo contrario, se violaría el art. 17 de la Constitución Nacional, en razón de dejarse sin protección legal al derecho de propiedad.

Para determinar las características jurídicas de las restricciones administrativas seguimos a Diez (1979), que establece las siguientes:

- Son limitadas en número y clase.
- Imponen, en general, al propietario una obligación de no hacer o dejar hacer, excepcionalmente, una obligación de hacer.
- Usualmente no dan lugar a indemnización porque, como hemos dicho, su existencia se fundamenta y justifica en la adecuación del derecho de propiedad a la coexistencia de la comunidad. Es decir, se manifiesta como la forma del ejercicio regular del derecho de propiedad.
- Son ejecutorias, es decir, se aplican inmediatamente, sin necesidad de actuación alguna por parte de la administración o de los particulares. Así, por ejemplo, si se establece un retiro de tres metros de la línea municipal para las construcciones de los edificios, esta medida, una vez aprobada, se aplica sin más a las nuevas construcciones.
- Son generales, lo que implica que no se refieren a un inmueble en particular sino que afecta a la totalidad de los inmuebles que integran la categoría de los bienes alcanzados.
- Son constantes y actuales, esto significa que su vigencia, una vez impuestas, es permanente y mantienen su actualidad en todo momento.

3.10.7. Fuentes de las restricciones

Las fuentes de las restricciones son las leyes y, en su caso, las ordenanzas municipales. Al referirnos a la ley formal como fuente de las restricciones,

no surge problema alguno, ya que, por tratarse de una limitación más o menos importante al ejercicio del derecho de propiedad, su origen en la ley resulta de la inteligencia misma del orden jurídico, ya que se trata de la reglamentación de un derecho reconocido en la Constitución Nacional.¹⁴ Pero incorporar como fuente de las restricciones a las ordenanzas requiere de una explicación mayor.

En general, los autores opinan que las municipalidades pueden establecer restricciones administrativas al dominio por ordenanza en la medida que ellas mismas se encuentren facultadas por vía de delegación provincial, mediante el dictado de la ley formal respectiva.

Por nuestra parte, a partir de la reforma constitucional del año 1994, consideramos que no puede caber duda alguna de la naturaleza autónoma de los gobiernos municipales y su carácter político-institucional.¹⁵ Es por ello que las municipalidades tienen la facultad y la atribución en forma originaria de crear, por medio de ordenanzas, restricciones al dominio sobre los inmuebles ubicados dentro de su ámbito territorial.

Asimismo, la mayoría de las constituciones provinciales –entre ellas, la de Río Negro en su art. 235– reconocen expresamente la autonomía municipal.¹⁶ En consecuencia, tienen la facultad de dictar sus propias cartas orgánicas, verdaderos estatutos fundacionales de la organización jurídica y política del pueblo de la ciudad. Es decir que la carta orgánica es a la ciudad, poblado, caserío o aldea lo que las constituciones son a las provincias y aun al Estado federal. De manera tal que el reconocimiento de la autonomía de los gobiernos municipales lleva necesariamente a la afirmación de que a su vez poseen la facultad de crear restricciones al dominio por medio del dictado de la norma pertinente.

Para finalizar, nos parece importante detenernos en la opinión de Guillermo Borda, haciendo referencia a la reforma de 1968, por medio

14 Véase artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional.

15 Art. 123 CN: «Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglamentando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero».

16 «Esta Constitución reconoce la existencia del Municipio como una comunidad natural, célula originaria y fundamental de la organización política e institucional de la sociedad fundada en la convivencia. Asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa y económica. Aquellos que dictan su propia Carta Orgánica municipal gozan además de autonomía institucional [...] La Provincia no puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y, en caso de superposición o normativa contradictoria inferior a la Constitución, prevalece la legislación del Municipio en materia específicamente comunal».

del Decreto Ley 17.711. Particularmente, sobre la evolución normativa ocurrida sobre el derecho de propiedad, desde la sanción del código de Vélez hasta 1968. Quizá, con el tiempo, observemos que la reciente reforma total del Código Civil, se encuentra en línea con la tendencia marcada por la ya remota Ley 17.711. Borda dijo:

La constitución de 1949 fue el primer intento de limitar el carácter absoluto del derecho de propiedad, expresado en los arts. 2.513 y 2.514 del C. Civil. Dispuso que la propiedad tiene una función social. Derogada aquella reforma constitucional, estas disposiciones recobraron pleno vigor, aunque la jurisprudencia se había encargado de atenuar las consecuencias que podían surgir de la aplicación rigurosa de estos textos.

Finalmente, la Ley 17.711 sustituyó los antiguos arts. 2.513 y 2.514 por dos nuevos textos que alteran fundamentalmente el concepto de la propiedad, introduciendo una reforma que, quizá más que cualquier otra, pone claramente de relieve el cambio de filosofía que supuso la reforma [...]

La nota al art. 2.513 (de Vélez) refirma estos conceptos [...] Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituyera juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida. Son términos que hoy nos resultan sorprendentes e intolerables [...]

En medio de sus conflictos sociales, los pueblos de la civilización occidental conservan una firme confianza en el derecho de propiedad, como sustento de un estilo de vida que no se sienten dispuestos a renunciar. Pero al propio tiempo, el avance de la socialización del derecho y su repercusión en el derecho de propiedad es incontenible. En suma: si bien la propiedad es el derecho más completo y pleno que se puede tener sobre una cosa, no es absoluto. Tiene una función social que lo legitima y dignifica. Y el gran problema de nuestro tiempo es cómo conciliar el derecho del dueño con los intereses sociales, cuál será la medida de la socialización hacia la cual tiende el mundo occidental; cuales, en fin los límites de ese proceso de socialización, pasados los cuales el derecho de propiedad queda afectado en sus esencias y pierde el gran papel de estímulo de la economía, de incentivo en la actividad humana y queda destruido como derecho natural. (Borda, 1976, p. 143-145)

Análisis económico del derecho de contratos (*contract law*)

4.1. ¿Qué es un contrato?

El Código Civil (cc) establecía en el art. 1.137: «Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos». El nuevo Código Civil y Comercial (ccc) dispone en su art. 957: «Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales».

Corresponde distinguir entre un contrato y una simple convención. Toda convención implica un acuerdo de voluntades, que se nos presenta como un concepto genérico ya que los contratos se constituyen sobre la misma base, pero los contratos son acuerdos de voluntades destinados a crear derechos y obligaciones de orden patrimonial, donde se manifiestan claramente dos partes, de las cuales una es acreedora y la otra, deudora. Es decir, las partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial.

En la convención solo se observa el acuerdo de voluntades, sin que pueda distinguirse la creación de derechos y obligaciones para cada una de ellas. En consecuencia, no existe un sujeto acreedor ni otro deudor. Así, una convención se traduce, por ejemplo, en el acuerdo de voluntades de un grupo de amigos para salir de pesca, sin que este determine la creación de derechos u obligaciones. De manera tal que, si bien todo contrato es una convención, no toda convención se manifiesta en un contrato, ya que estos requieren para su existencia, además del acuerdo de voluntades, la regulación de los derechos patrimoniales de las partes que intervienen.

En materia contractual rige el principio de la libertad de contratación, en el sentido de que las partes se encuentran en absoluta libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido. Sin embargo, este debe contemplar las limitaciones impuestas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Para continuar, nos detendremos en el análisis de las disposiciones generales referidas a los contratos que establece nuestro Código Civil y Comercial.

4. 1. 1. Libertad

En primer lugar, debemos analizar el principio que se establece en el art. 958 del CCC,¹ de este surge rotundo el principio de libertad de contratación, es decir, las partes son libres de contratar o no hacerlo y de determinar el contenido en el sentido más amplio posible, pero siempre dentro de los límites señalados. La existencia de límites en el ejercicio de los derechos individuales surge tanto de manera natural como de la propia esencia de cualquier orden jurídico. Esto es así ya que la presencia de derechos absolutos se encuentra en total contradicción con la existencia de la comunidad. En este sentido, por ejemplo, si entendiéramos al derecho de propiedad como absoluto y sin limitación alguna, no cabría la posibilidad del instituto de la expropiación por causa de utilidad pública. En consecuencia, tampoco existirían las rutas ni, en general, las grandes obras públicas construidas en beneficio de la comunidad.

Entonces, las personas son libres de contratar dentro de los límites establecidos por la ley, es decir, el ejercicio de ese derecho se encuentra limitado, como cualquier otro que el orden jurídico reconoce para todo individuo, a favor de la coexistencia dentro de la comunidad o, dicho de otra manera, de la convivencia pacífica con nuestro prójimo, quien simplemente es la persona más próxima con la que interactuamos cotidianamente.

4. 1. 2. Efecto vinculante

En el art. 959 del CCC se establece la obligatoriedad, para las partes, de las estipulaciones establecidas en un contrato.² El antiguo CC disponía en el art. 1.197 que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma.

El concepto es elemental: todo contrato válidamente celebrado es, simplemente, obligatorio para las partes, y sus estipulaciones valen para

1 Art. 958: «Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres».

2 Art. 959: «Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé».

ellas como si fuera la misma ley. Solo puede ser extinguido o modificado por acuerdo de partes o en aquellas circunstancias en que la extinción o la modificación se encuentran previstas legalmente.

4.1.3. Facultades de los jueces

La norma prevista en el art. 960 del CCC dispone expresamente que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones hechas en los contratos celebrados válidamente.³ Las excepciones son:

- Que la actuación judicial sea por pedido de parte, por ejemplo, para la aplicación en el caso de la teoría de la imprevisión, a fin de requerir la adecuación de los términos del contrato a la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebrarlo.
- Cuando lo autoriza la ley, es decir, los jueces podrán analizar las estipulaciones hechas en los contratos cuando una norma específica los autorice, por ejemplo, en el caso del art. 1.118 del CCC que establece: «Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor».
- De oficio cuando afecte el orden público. En estos casos, los jueces podrán, aun de oficio (es decir, sin petición de la parte afectada) modificar las estipulaciones hechas en el contrato cuando de forma manifiesta afecta el orden público.

4.1.4. Buena fe

En el antiguo art. 1.198, incorporado por la Ley 17.711 al código de Vélez, se disponía que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Este principio se mantiene en el art. 961 del CCC.⁴ En este se dispone, como en el anterior texto, que en todas las fases de los contratos se debe actuar de buena fe. Asimismo, las cláusulas no solo obligan a lo que está

3 Art. 960: «Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público».

4 Art. 961: «Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente habría obligado un contratante cuidadoso y previsor».

formalmente expresado, sino que además se incluyen todas las consecuencias comprendidas en ellas, con los alcances que podrían atribuirse a un contratante cuidadoso y previsor.

4.1.5. Carácter de las normas legales

Este principio está previsto en el art. 962 del CCC, que establece que las normas jurídicas relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las personas que contratan, con la salvedad de que estas normas sean indisponibles para las partes, es decir que no puedan ser dejadas sin efecto por un acuerdo entre los contratantes.⁵

Esto nos lleva al complejo concepto de orden público. En general, se entiende que el orden público es una serie de principios –expresados por medio de normas jurídicas– de contenido moral, económico, social, religioso, político u otro a los que se vincula la adecuada subsistencia de la comunidad. De esta manera, el orden público marca y establece un límite a la autonomía de la voluntad, ya que las personas no podrán dejar sin efecto las disposiciones legales en que este se encuentre interesado.

El art. 19 de la Constitución Nacional establece: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral públicas, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados». Por el contrario, cuando estas acciones afecten al orden público, a la moral o perjudiquen a un tercero, están sujetas a la actuación de un magistrado.

4.1.6. Prelación normativa

El CCC, en el art. 963, establece qué normas se aplican con prelación cuando concurren varias a regular el mismo contrato.⁶ Se aplican en primer lugar las normas indisponibles (de orden público) de la ley especial que regula el contrato específico y luego las del código. El orden de prelación continúa con la aplicación de las normas propias del contrato;

5 Art. 962: «Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible».

6 Art. 963: «Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código».

luego, las normas supletorias de la ley especial y, por último, las normas supletorias establecidas en el código.⁷

4.1.7. Integración del contrato

En el art. 964, el Código Civil y Comercial establece el modo en que se integrará un contrato en la circunstancia de que su contenido no pudiera dilucidarse adecuadamente o contuviera cláusulas que contradigan lo dispuesto por normas indisponibles. En primer lugar, se integra con el contenido de las normas indisponibles, en sustitución a las cláusulas que la contradecían. Luego, se aplican las normas supletorias y, por último, los usos y costumbres del lugar de celebración, en la medida en que sean aplicables a la especie, porque las partes así lo dispusieron o porque sean ampliamente conocidas y aplicadas en el ámbito de la celebración, con la excepción de que la aplicación de los usos y costumbres conlleve a un resultado irrazonable.⁸

4.2. Elementos de los contratos

Los elementos que deben reunirse para que haya contrato son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la forma. A continuación, vamos a analizar rápidamente cada uno de estos elementos.

4.2.1. Capacidad

La capacidad, en el lenguaje común, implica la aptitud, la suficiencia, la potencialidad o la posibilidad que tiene alguien para realizar determinada cosa. Así, por ejemplo, podemos afirmar que un jugador de fútbol extraordinario como Diego Maradona o Lionel Messi son capaces de hacer

7 A diferencia de las normas de orden público que resultan indisponibles para las partes, es decir no pueden ser dejadas de lado por las convenciones hechas por los particulares, las supletorias solo se establecen para que se apliquen subsidiariamente a la voluntad expresada.

8 Art. 964: «Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:

a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;

b) las normas supletorias;

c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable».

goles de antología. O que un albañil experimentado es capaz de levantar una casa en pocos días.

Desde el punto de vista jurídico, la capacidad se nos presenta como la medida de ejercicio y goce de la personalidad. Esta se manifiesta como la potestad de establecer relaciones jurídicas lo que, en última instancia, implica la aptitud que tienen las personas (tanto naturales como jurídicas) para adquirir derechos y obligaciones o ser titulares de ellas.

Cabe destacar que cualquier persona o ente tiene o detenta –a los fines de su propia existencia– personalidad, que implica su potencialidad genética de adquirir derechos y obligaciones. Por su parte, la capacidad se exterioriza como la medida en que se ejerce o titulariza esa personalidad.

Se han establecido dos tipos de capacidad: la de derecho y la de ejercicio. La capacidad de derecho se refiere a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones. En cambio, la de hecho o ejercicio se refiere a la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos o las obligaciones de las cuales resulta titular. Es decir, mientras que la primera se refiere a la potencialidad de ser titular de derechos y obligaciones, la capacidad de ejercicio lo hace con respecto a la posibilidad de ejercer esos derechos y obligaciones por sí mismo.

El CCC establece estos principios en los arts. 22 y 23, los que disponen:

Artículo 22. Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

Artículo 23. Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Con respecto a la incapacidad, podemos explicarla diciendo que, si la capacidad es la aptitud, la incapacidad es la falta de aptitud. De manera tal que la incapacidad de derecho se refiere a la carencia o imposibilidad de ser titular de ciertos derechos. Este tipo de incapacidad es siempre relativa ya que lo contrario, una incapacidad de derecho absoluta, implica una especie de muerte civil, inaceptable en nuestros tiempos.

Por su parte, la incapacidad de hecho se expresa en la imposibilidad de la persona de ejercer por sí mismo los derechos de los que es titular. Existen dos tipos: la absoluta y la relativa. En la primera, las personas no pueden ejercer por sí mismos ningún acto jurídico. En la segunda, no pueden ejercer los actos con respecto a los cuales la ley los excluye.

El CCC no trata expresamente de incapacidad de hecho o ejercicio absoluta o relativa, simplemente considera la incapacidad de ejercicio y dispone, en el art. 24:

Son incapaces de ejercicio: a. la persona por nacer; b. la persona que no cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2° de este Capítulo; c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Corresponde aclarar que son personas por nacer aquellas que, habiendo sido concebidas, aún no han nacido y están sujetas a la condición de que nazcan con vida ya que, si nacen muertas o mueren antes de nacer, es como si nunca hubieran existido.⁹

Por su parte, son ejemplos de incapacidad de derecho la imposibilidad que tienen los padres de celebrar contratos con sus hijos menores de edad, sujetos a su patria potestad, o de celebrar contratos entre cónyuges. En el Código Civil y Comercial, el art. 1002 establece algunas categorías de incapacidad de derecho:

No pueden contratar en interés propio:

- a. Los funcionarios públicos respecto de bienes cuya administración o enajenación están o han estado encargados.
- b. Los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido.
- c. Los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido.
- d. Los cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí.

El instituto de la capacidad es una clara injerencia del orden jurídico en la libertad de las personas, orientado a limitar la autonomía de esa libertad, y su sustento se encuentra en la protección de quien –en esa relación jurídica concreta– se encuentra en una situación objetiva de desigualdad.

Así, por un lado, en la incapacidad de hecho o de ejercicio se tiene en mira la protección de la persona incapaz frente a cualquier otra que potencialmente pueda explotar su situación desigual. Para hacer efectiva esta protección se establece la necesidad de que cualquier acto jurídico celebrado por alguien incapaz de ejercicio debe ser realizado por intermedio de su representante.

9 Véase, artículos 19, 20 y 21 del cc.

Por otro lado, las incapacidades de derecho se sustentan en el intento de evitar que quien se encuentra en una situación objetiva de superioridad, en una relación jurídica concreta, pueda abusar de ella.

Por último, cabe agregar que, en el código de Vélez, las prohibiciones referidas a aquellos que no pueden contratar se encontraban establecidas –entre otros– en el art. 1.160. Este sostenía:

No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores.

En el Código Civil y Comercial, esta norma se encuentra en el libro tercero: «Derechos Personales», título II: «Contratos en general», capítulo 4: «Incapacidad e inhabilidad para contratar», expresamente, en el artículo 1.000:

Efectos de la nulidad del contrato. Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido.

Y, en el art. 1.001:

Inhabilidades para contratar. No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.

4. 2. 2. Consentimiento

El consentimiento es la manifestación de la voluntad cuando hay un acuerdo entre dos personas, mediante el cual se disponen recíprocamente a reglar sus derechos. El art. 1.144 del CC decía: «El consentimiento

debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra». El CCC trae esta norma en el art. 971, que establece: «Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo».

El consentimiento puede manifestarse de manera expresa o tácita. Es expresa cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Y tácita cuando resulta de hechos o de actos que lo presuman o que autoricen razonablemente a presumirlo, con excepción de los casos en que la ley o la voluntad de las partes prevean ciertas formalidades.¹⁰ Las nuevas normas establecidas en el CCC disponen sobre la manifestación de la voluntad (en general con respecto a los actos jurídicos) en los arts. 262, 263 y 264:

Artículo 262. Manifestación de la voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

Artículo 263. Silencio como manifestación de la voluntad. El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Artículo 264. Manifestación tácita de voluntad. La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.

Además, referido a los contratos en particular, en el art. 971 se expresa: «Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo».

¹⁰ Véase art. 1.145 del CC: «El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos, o de actos que lo presuman, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sino después de llenarse algunas formalidades».

Conforme al art. 897 del Código Civil, los hechos del hombre pueden ser voluntarios o involuntarios.¹¹ Son voluntarios aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad. Si los hechos son realizados sin discernimiento, intención o libertad, no producen efectos jurídicos.¹² El CCC dispone sobre esta cuestión en el art. 260: «El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior». Y en el art. 261 establece:

Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento:

- a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón;
- b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años;
- c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

Para comprender a qué nos referimos cuando desde el derecho se expresa que un hecho del hombre es voluntario, debemos detenernos en los conceptos sobre el discernimiento, la intención y la libertad.

4. 2. 2. 1. Elementos

4. 2. 2. 1. 1. *Discernimiento*

El concepto de discernimiento se refiere a entender de qué se trata aquello a lo que nos abocamos. Implica saber y conocer de qué estamos hablando. Es reflexionar sobre lo que vamos a hacer y diferenciar lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto. También valorar los actos que ejecutamos, tanto como los que ejecutan los demás, y evaluar las posibles consecuencias de ellos. En resumen, requiere tener una clara conciencia de lo que se hace.

Es necesario distinguir el discernimiento de la capacidad. Esta última se refiere a la aptitud para ser titulares de derechos o a la aptitud para ejercer por sí mismos los derechos de los cuales somos titulares. Por su lado, el discernimiento es una cualidad de la persona mediante la que puede conocer (discernir) lo bueno de lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente.

En síntesis, para que la exteriorización de voluntad produzca efectos jurídicos, en primer lugar, la persona debe saber, es decir que debe poder

11 Art. 897: «Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad».

12 Véase el art. 900 del CC: «Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna».

discernir. Por ejemplo, no es posible considerar que la voluntad fue válidamente expresada para una compraventa por aquel que no sabe qué es vender o comprar.

4. 2. 2. 1. 2. *Intención*

La intención es la determinación de la voluntad del individuo ordenada a un fin específico que se manifiesta mediante las formas prescriptas o permitidas por el orden jurídico. Es decir que es el obrar reflexivo de la persona orientado a producir determinados efectos o, en una expresión más simple, es el fin buscado que, en consecuencia, determina la conducta. Así, la intención expresa lo que la psicología llama volición, que simplemente es querer, es decir lo que quiere o pretende hacer la persona.

El conocimiento popular expresa que no se puede querer lo que no se conoce, de manera tal que la intención requiere del discernimiento, que implica conocer, saber. Es decir que implica poder elegir entre diversas opciones. De esta manera, los hechos del hombre producidos con intención requieren necesariamente del discernimiento, pero los hechos realizados con discernimiento no requieren de manera indispensable de la intención. En este sentido, podemos especular sobre la conducta de una persona que conduce su automóvil a gran velocidad en una zona urbana. No cabe duda de que para cualquiera esta conducta representa asumir una serie de riesgos eventuales, como por ejemplo la posibilidad de un accidente de tránsito. Pese a ello, si llega a producirse el accidente, no podemos válidamente atribuir a la conducta desplegada por el agente el carácter de voluntaria, porque le falta la intención. Es decir, el sujeto actuante sabe y tiene la posibilidad de discernir sobre la peligrosidad intrínseca de la conducta desplegada, pero no por ello podemos inferir que la conducta es voluntaria porque le falta la intención, es decir, querer alcanzar el resultado ocurrido. En derecho penal, para evitar que ciertos hechos de enorme gravedad queden impunes se ha desarrollado la teoría del dolo eventual.¹³

De manera tal que podemos concluir que la intención es la manifestación concreta del discernimiento aplicado al hecho específico realizado.

13 El dolo eventual implica el conocimiento, la clara conciencia de la existencia del peligro por parte del agente actuante y, aun así, la aceptación de la posibilidad de su producción como consecuencia de su conducta. Implica tanto el conocimiento como la aceptación de la posible producción del hecho como consecuencia de su propia actuación. De esta manera se logra castigar más severamente al autor del daño con dolo eventual en razón de que, pese a la clara conciencia de la posibilidad de producción del hecho, continuó con su conducta. Ello en lugar de considerarlo solo como autor de un daño culposo.

Así, aquel que carezca de discernimiento no puede jamás expresar válidamente su intención.

4. 2. 2. 1. 3. *Libertad*

La libertad implica la posibilidad de que las personas elijan qué es lo que quieren hacer sin soportar ningún tipo de presión exterior. En consecuencia, cualquier hecho resulta de una voluntad libre solo si ha sido realizado sin tolerar ningún tipo de imposición, violencia u amenaza. Es decir que la persona actúa sin presiones físicas, morales o psicológicas.

Obviamente, la libertad no implica poder realizar cualquier acto en cualquier momento. Previamente, el individuo debe poner en acto su discernimiento, que le permitirá distinguir entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto.

Muchos autores consideran que incorporar a la libertad como elemento del consentimiento resulta superfluo, ya que aquel que actúa sin libertad claramente no tiene intención de realizar ese acto. Sin embargo, nos parece que mantener la libertad como elemento del consentimiento resulta importante porque resalta que la voluntad válidamente expresada requiere la posibilidad de elegir entre una u otra cosa que, en última instancia, es en lo que consiste la libertad.

En esa posibilidad de elección se construye todo el sistema de responsabilidad por las consecuencias de los actos realizados. Así, ¿por qué razón consideramos a una persona responsable por la comisión de un homicidio doloso? Simplemente porque pudo haber elegido no matar en lugar de hacerlo. En el mismo sentido, nadie resulta responsable del hecho de envejecer, porque no puede elegir. Es decir, porque no es libre de disponer entre envejecer o no hacerlo.

4. 2. 2. 2. *Vicios del consentimiento*

Por *vicios del consentimiento* se entienden ciertos defectos innatos al hecho o a las circunstancias que puedan concurrir al momento de concretar el hecho o el acto jurídico y que permiten invalidar el negocio jurídico, ya que afectan la voluntad expresada en el acto. Son vicios del consentimiento el error, el dolo, la violencia, la simulación, el fraude y la lesión.

4. 2. 2. 2. 1. *Error*

El error es tener un falso conocimiento de las cosas y la ignorancia implica la ausencia del conocimiento. Ambos se incluyen en este tipo de vicio. Así, se ha dicho que la ignorancia es no saber, mientras que el error es saber mal. El Código Civil y Comercial lo establece en el art. 265: «El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto».

El error excluye la duda, ya que aquel que duda no puede, más tarde, ampararse en el error cuando actuó sabiendo que podía estar equivocado. Por el contrario, el error requiere estar convencido de que determinada representación de las cosas y de las circunstancias que las rodean son correctas.

Existen dos tipos de error: el error de hecho (*error facti*) y el error de derecho (*error iuris*). El primero se divide a su vez en: error en la naturaleza del acto (creer comprar una casa y, en realidad, solo alquilarla), error en la persona (creer que se le otorga un mandato a cierta persona cuando, en realidad, se le está otorgando a otra), error en la cualidad de la cosa (creer que se compra un caballo cuarto de milla, puro con pedigrí, y solo se adquiere una cruce), error sobre la causa principal del acto (el caso del alquiler de los balcones para ver la coronación del rey Eduardo VII de Inglaterra).¹⁴

Para que el error de hecho tenga trascendencia jurídica debe tratarse de un error esencial y no meramente accidental, lo que significa que la equivocación proviene de una negligencia solo imputable a la persona que actúa.

Mientras que el error de hecho se trata de un falso o equivocado juicio que se tenga sobre las cosas y las circunstancias, el error de derecho se trata de un conocimiento desacertado de la norma aplicable. En principio, mientras que el error de hecho esencial es en general excusable y puede conducir a la anulación del acto, el error de derecho no lo es.

Esta diferencia se sustenta en la premisa que afirma que el derecho es conocido por todos y en el elemental criterio de seguridad jurídica. Esto es así ya que, si se permite revisar los actos por el desconocimiento de la norma, nada podría considerarse seguro desde el punto de vista jurídico.

14 Para aclarar los conceptos de error sobre la causa principal –o final– del acto, y sobre la cualidad de la cosa objeto del acto jurídico, agregamos que aquel sobre la causa se refiere al error sobre los motivos determinantes de la existencia del acto, que expresan la intención común de las partes. Es, en definitiva, un error de hecho sobre la causa final del acto, desde el punto de vista subjetivo. El ejemplo clásico de este tipo de error se refiere al alquiler de balcones para ver la coronación del rey Eduardo VII de Inglaterra, en 1900. A este efecto algunas personas interesadas alquilaron balcones que, por su ubicación, permitían ver dicha coronación. Pero el evento no pudo efectuarse el día programado porque el rey se enfermó. Luego, cuando se determinó una nueva fecha, quienes habían alquilado los balcones fueron a usarlos el día fijado, pero no todos pudieron hacerlo por la negativa de los propietarios, que argumentaron que el balcón estuvo a disposición del inquilino el día pactado. Sin embargo, resulta contundente que la causa del alquiler de los balcones era ver la coronación y al no efectuarse, por causas ajenas a las partes, el acto quedó sin efecto. Por tal razón los propietarios que no permitieron a los inquilinos ingresar el día que efectivamente se celebró la coronación debieron devolver el dinero y abonar una eventual indemnización. En cambio cuando hablamos del error sobre la cualidad de la cosa, nos referimos expresamente al error sobre el objeto del acto.

La vida en comunidad requiere que las normas sean respetadas por todos, inclusive por aquellos que desconocen su existencia.

4. 2. 2. 2. *Dolo*

El dolo se nos presenta como una maniobra empleada por una persona para inducir a la otra a un engaño, y que este engaño resulte el sustento sobre el cual se otorga un acto jurídico determinado.

El código de Vélez lo definía en el art. 931 como: «Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin». El Código Civil y Comercial lo regula en el art. 271:

Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación.

Sin duda, el error y el dolo tienen ciertos aspectos en los cuales se confunden ya que, para que el dolo se manifieste, requiere inducir a error a la otra persona. Pero precisamente en ello radica la diferencia, ya que mientras el error debe ser esencial y sustentarse en una incorrecta percepción de las cosas, propia de la psiquis de la persona que actúa, el dolo requiere la acción expresada en una maquinación artificiosa de otra persona. Es decir que, en el error, la falsa idea que se tiene de la realidad es producto de uno mismo. En cambio, el error provocado por el dolo no surge de manera espontánea en la persona sino como producto de la maquinación que se emplee con ese fin.

El dolo puede constituirse en causa de nulidad de los actos jurídicos. Para ello deben reunirse los extremos establecidos en el art. 932 del CC:

Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: 1. que haya sido grave; 2. que haya sido la causa determinante de la acción; 3. que haya ocasionado un daño importante; 4. que no haya habido dolo por ambas partes.

Las mismas exigencias surgen del art. 272, en el CCC.

4. 2. 2. 2. 3. *Violencia*

Para analizar la violencia como vicio del consentimiento deben distinguirse dos tipos de violencia: la física y la intimidación (también violencia moral).

Con respecto a la primera, debe calificársela como *vis absoluta*; es decir, aquella circunstancia en que una persona pierde su propia personalidad y simplemente se transforma en un instrumento de la voluntad de otro. El CC la trataba en el art. 936: «Habría falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible». El CCC trata sobre la violencia en el art. 276:

La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no puedan evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso.

Por su parte, la intimidación (o violencia moral) se trata de la amenaza concreta y actual de sufrir en el futuro un mal inminente, grave, injusto, que lleva a otorgar un acto jurídico contrario a la voluntad propia. En el Código Civil se trataba en el art. 937:

Habría intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.

4. 2. 2. 3. Vicios propios de los actos jurídicos

Son vicios propios de los actos jurídicos la simulación, el fraude y la lesión.

4. 2. 2. 3. 1. *Simulación*

La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter de un acto bajo la apariencia de otro. Puede ser absoluta, cuando todo el acto es falso, o parcial, cuando esta afecta solo a una parte o a algunas cláusulas del acto.

En fin, sea parcial o total, la simulación consiste en una declaración aparente o falsa de voluntad, emitida con el acuerdo de otra persona, con la intención de que los demás crean en la veracidad de lo declarado y no conozcan la realidad. Se trata, finalmente, de un acto o negocio jurídico que, por acuerdo de las partes, se celebra exteriorizando una declaración no verdadera para engañar a terceros. Es una divergencia, acordada entre las partes del acto jurídico, entre la voluntad real y la declarada para engañar a terceros o protegerse de ellos.

El art. 333 del CCC dispone:

La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

4. 2. 2. 3. 2. *Fraude*

El fraude se constituye cuando el deudor resulta insolvente, mediante su propia acción u omisión, a fin de sustraer su patrimonio al ejercicio de los derechos de sus acreedores. El art. 338 del CCC establece:

Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciadas al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna.

Para que proceda la acción, se requiere que el crédito sea anterior al acto que se pretende impugnar; que ese acto cause o agrave el estado de insolvencia del deudor y que quien contrató con el deudor, a título oneroso, haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba el estado de insolvencia.

4. 2. 2. 3. 3. *Lesión*

La lesión se configura cuando una de las partes del acto, explotando la necesidad, la ligereza, la debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtiene mediante ello una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación. Es decir, debe haber una notable y notoria desproporción entre lo que da una parte y lo que recibe la otra.

Para que se constituya el vicio de la lesión deben concurrir dos aspectos. Uno objetivo, que se configura con la desproporción apuntada. El otro subjetivo, que consiste en la explotación de la situación de inferioridad en que se encuentra la persona que actúa por necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad mental.

El art. 332 del CCC dispone:

Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si este es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

4.2.3. Objeto

El objeto de los contratos se refiere al contenido de la obligación que cada parte asume, es decir, lo que quiere obtener cada parte involucrada. Así, en una compraventa, por ejemplo, una quiere vender y la otra, comprar.

Se aplica en la especie las disposiciones generales referidas al objeto de los actos jurídicos. El CC disponía en el art. 953:

El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieran objeto.

En el Código Civil y Comercial, esta disposición está contenida en el art. 279:

El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

Específicamente, este nuevo código establece con relación al objeto de los contratos: «Artículo 1.003: [...] debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando este no sea patrimonial». Y en el art. 1.004 enumera los objetos prohibidos:

No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean.

En resumen, el objeto de los contratos debe reunir las siguientes características:

Ser posible: La posibilidad del objeto se refiere tanto a su aspecto físico como al jurídico. Es decir, algo físicamente imposible, como tocar el cielo con las manos, no podría ser objeto de un contrato. Asimismo, la compraventa de un bien que integra el dominio público del Estado, por ejemplo, el lago Nahuel Huapi, es jurídicamente imposible.

Ser lícito: Resulta un objeto ilícito aquel que se encuentre en contradicción con las normas jurídicas, que sea contrario a la moral, las buenas costumbres, el orden público, la dignidad de la persona humana, o lesivo de los derechos de terceros. Así, los contratos sobre trata de personas, sobre compraventa de órganos humanos, o sobre herencia futura se encuentran prohibidos por las leyes.¹⁵

Estar determinado: El objeto del contrato debe estar determinado al momento de su celebración, o debe ser posible su exacta determinación. El art. 1.005 del CCC dispone:

Cuando el objeto se refiere a bienes, estos deben estar determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en su cantidad, si esta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización.

Ser susceptible de valoración económica: La doctrina clásica, sobre la base de la construcción jurídica romana, afirmaba que el objeto de los contratos debe ser susceptible de apreciación pecuniaria, así lo establecía el art. 1.169 del código de Vélez.¹⁶ La doctrina, en general, ha criticado esta postura, sobre la base de que todo interés digno de protección jurídica puede ser objeto de los contratos. El CCC, en el art. 1.003 transcripto *ut supra*, dispone que el objeto debe ser susceptible de valoración económica y que corresponda a un interés de las partes, aunque este interés no tenga carácter patrimonial. De esta manera, se distingue entre la prestación, que siempre debe tener una valoración económica, y el interés de las partes, que puede consistir en aspectos carentes de esa valoración, por ejemplo, algún interés científico, artístico, moral, cultural u otro.

15 El art. 17 del CCC dispone: «Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales».

16 El código de Vélez disponía en el art. 1.169: «La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de apreciación pecuniaria».

4.2.4. Causa

Por causa se entiende el motivo central y determinante que llevó a las partes a contratar. Estos motivos, individuales y propios de cada parte, se vuelven comunes al declararlos en el contrato.

Nuestro derecho establece que se aplican a los contratos las disposiciones sobre la causa referidas a los actos jurídicos.

El código de Vélez establecía en el art. 499: «No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles». Por su parte, el nuevo código trata esta cuestión en el art. 281:

La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

La causa de los contratos debe existir necesariamente, ya que su inexistencia produce la nulidad, adecuación o extinción del contrato. Además, esta causa debe ser lícita, ya que una causa ilícita provoca la nulidad del contrato. Así lo dispone el Código Civil y Comercial en los siguientes artículos.

Artículo 1.013. Necesidad. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

Artículo 1.014. Causa ilícita. El contrato es nulo cuando:

- a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres;
- b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si solo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero esta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.

4.2.5. Forma

En este aspecto de los contratos rige la libertad de formas. El CCC dispone en el art. 1.015: «Solo son formales los contratos a los cuales la ley le impone

una forma determinada». Con respecto a los actos jurídicos, el citado texto legal establece el mismo principio de libertad de formas en el art. 284: «Si la ley no asigna una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente».

Por *forma* se entiende el conjunto de solemnidades que las partes deben cumplir al momento de celebrar el contrato y exteriorizar la voluntad.

Mientras que el Código Civil y Comercial no trae una definición específica de la forma, el código de Vélez establecía en el art. 973: «La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico». La doctrina criticó esta descripción por entender que las formas se refieren a las solemnidades que deben cumplirse al momento de exteriorizar la voluntad y no a un conjunto de prescripciones legales.

También la doctrina clasificó a la forma en: *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Las formas son *ad solemnitatem* cuando resultan esenciales para la existencia del acto. Es decir que sin la existencia de la forma establecida por la ley el acto carece de validez y se encuentra imposibilitado de cumplir su fin. Por ejemplo, la adquisición, modificación o extinción de derechos sobre inmuebles debe ser hecha por escritura pública (conf. art. 1.017 del cc).

En cambio, las formas son *ad probationem* cuando las partes exteriorizan su voluntad al momento de la celebración del contrato mediante ciertas solemnidades que tienen por objeto probar la existencia del mismo. La razón de ello es que, con respecto a ese tipo particular de contrato, la ley no establece una forma específica, por eso, las partes utilizarán la que crean más conveniente, no para su existencia y validez, sino para probar que efectivamente el contrato ha existido.

4. 3. Clasificación

Los contratos se clasifican según varios criterios:

4. 3. 1. Unilaterales y bilaterales

Son unilaterales cuando las obligaciones que nacen del acto obligan a una sola de las partes, son ejemplos la donación, el depósito o el comodato. Por el contrario, cuando las partes se obligan recíprocamente, se denominan bilaterales, como por ejemplo un contrato de locación, permuta, compraventa (conf. art. 966 del cc).¹⁷

17 «Artículo 966. Contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que esta quede obligada. Son

4.3.2. Onerosos y gratuitos

Son contratos onerosos cuando las ventajas que obtiene una de las partes son resultado de una contraprestación a favor de la otra. Los ejemplos que podemos utilizar son la compraventa y la locación. En cambio, son gratuitos cuando las ventajas que obtiene son independientes de toda prestación a su cargo; por ejemplo: la donación, el depósito u otros (conf. art. 967 del CC).¹⁸

4.3.3. Conmutativos y aleatorios

Los contratos onerosos son conmutativos cuando las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes son ciertas; es decir, se encuentran claramente establecidas, como resulta en el caso de compraventa de cosa mueble. Y son aleatorios cuando las ventajas o pérdidas para una o ambas partes depende de un acontecimiento futuro e incierto; por ejemplo, la compra a determinado precio de una cosecha futura. O también como ocurre en un contrato de seguro, donde la aseguradora solo se verá obligada a indemnizar si ocurre el evento dañoso previsto (conf. art. 968 del CC).¹⁹

4.3.4. Formales y no formales

Son formales cuando la ley dispone de una determinada forma para su validez. Si esta no se cumple, el contrato es nulo, salvo que la ley no lo sancione con la nulidad. En este caso, no quedan concluidos mientras no se otorgue el instrumento requerido legalmente, pero valen como instrumento en que las partes se obligaron a cumplir con la forma establecida; por ejemplo, el boleto de compraventa de inmuebles. Y son no formales cuando la ley no requiere forma alguna y el instrumento en que

bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales».

18 «Artículo 967. Contratos a título oneroso y a título gratuito. Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo».

19 «Artículo 968. Contratos conmutativos y aleatorios. Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto».

consta solo resulta un medio de prueba de la existencia del acto (conf. art. 969 del cc).²⁰

4. 3. 5. Nominados e innominados

Son contratos nominados aquellos que se encuentran regulados específicamente por la ley y son innominados aquellos que no se encuentran particularmente regulados por la ley (conf. art. 970 del cc).²¹

4. 3. 6. Consensuales y reales

Los contratos consensuales se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, válidamente expresado. Como ocurre con la compraventa, el mandato, la sociedad. Por el contrario, los reales requieren para su perfeccionamiento la entrega de la cosa, por ejemplo: el mutuo, el depósito.

4. 3. 7. De ejecución instantánea y de tracto sucesivo

Son contratos de ejecución instantánea aquellos cuya prestación se efectúa en un solo momento y en un único acto. Son de tracto sucesivo aquellos contratos cuyas prestaciones se realizan en varias oportunidades repetidas y en el tiempo convenido.

Luego de esta descripción de los aspectos fundamentales de la teoría de los contratos, hemos adquirido los instrumentos elementales que nos van a permitir realizar el análisis económico sobre las normas que regulan los contratos, las conductas que desarrollan los contratantes y, también, sobre las convicciones de los jueces que las juzgan.

20 «Artículo 969. Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es solo para que estos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, esta debe constituir solo un medio de prueba de la celebración del contrato».

21 «Artículo 970. Contratos nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad».

4.4. Los contratos y el AED

Retomamos el concepto y decimos que un contrato es una especificación de las acciones o abstenciones a las que se comprometen las partes intervinientes y las condiciones bajo las que se llevarán a cabo. Acciones son, por ejemplo, devolver un préstamo, entregar un producto, brindar un servicio. Las condiciones especifican asuntos tales como los plazos y calidades, además de que prevén posibles contingencias, esto es, eventos previstos que modifican las condiciones o acciones y los caminos a seguir cuando suceden (los remedios). Por ejemplo, ante una mora de un pago de una cuota en un contrato financiero, el remedio puede tomar la forma de cargos punitivos y, ante una demora en la entrega de un producto, una penalización.

Un aspecto crucial de los contratos es que rara vez son exhaustivos, es decir que no pueden preverse todas las posibles contingencias y, por lo tanto, son incompletos. Esto tan solo es un reflejo de la imposibilidad material de prever estrictamente la totalidad de las contingencias posibles que pueden asumir el universo de las potenciales conductas humanas y sus circunstancias.

Para comprender cabalmente este punto debemos utilizar los conceptos de lagunas del derecho y el principio de autonomía de la voluntad, establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional (CN), mediante el cual «Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Dicho en términos más generales: todo lo que no está legalmente prohibido, está legalmente permitido.

El análisis económico del derecho se hace dos grandes preguntas en el área de contratos.

- ¿Cuáles son los contratos válidos, esto es, cuáles tienen fuerza legal?
- ¿Cuál es el remedio o compensación ante un contrato no cumplido?

La respuesta básica a estas dos preguntas por parte de la tradición jurídica plasmada en la teoría general de los contratos es la siguiente. A la primera: antes que nada, debe tratarse de un intercambio surgido de un acuerdo de voluntades, válidamente expresado. En consecuencia, tiene que haber una contrapartida o contraprestación relativamente equivalente, con la excepción hecha de los contratos unilaterales, que son aquellos en los que se establecen obligaciones para una sola de las partes, por ejemplo, el contrato de donación (el art. 1.542 del CCC dispone: «Hay donación, cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y esta lo acepta»).

Salvo los contratos unilaterales, el resto de los contratos debe tener una contrapartida. Estos son los denominados contratos bilaterales o

sinalagmáticos, en los que se establecen obligaciones para cada una de las partes. En este tipo, resulta trascendente la equivalencia de las contraprestaciones, ya que una notoria o grosera desproporción de las obligaciones en cabeza de cada uno de los contratantes puede dar lugar a la aplicación de la teoría de la lesión enorme, en la cual, sobre la base de la desproporción manifiesta, la ley presume la existencia de una explotación (art. 332 del CCC).

Así, el contrato será válido en la medida que reúna los elementos esenciales, es decir:

- Que ambos contratantes tengan capacidad para la celebración del contrato de que se trate (capacidad).
- Que haya manifestación de la voluntad expresada válidamente (consentimiento).
- Que la contraprestación debe tratarse de cosas que estén en el comercio. No pueden ser hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes. Tampoco que se opongan a la libertad de acciones o de la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero (objeto).
- Que se expresen los motivos o fines inmediatos que han sido determinantes para la celebración del contrato, ya que la falta de causa da lugar a la nulidad, adecuación o extinción del contrato (causa).
- Que se cumplan las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del contrato (forma).

Con respecto a la segunda pregunta, referida a cuál es el remedio o eventual compensación que corresponde determinar ante el incumplimiento contractual, el enfoque clásico de la teoría jurídica interpreta un contrato en forma semejante a una promesa. Como consecuencia, su papel es exigir el cumplimiento del compromiso moral asumido. Para lograr el cumplimiento de la promesa contractual, bajo el sistema del derecho común, se recurre a la jurisprudencia, es decir, al compendio de resoluciones judiciales aplicables a cada caso particular para construir así un aparato de antecedentes que se aplica a todos los posibles casos particulares que hayan pasado por los juzgados. Bajo el sistema del derecho continental, en cambio, no solo se aplica el antecedente judicial, sino que fundamentalmente corresponde la aplicación, al caso concreto, de la norma aplicable mediante la utilización del método denominado subsunción lógica. Mecanismo lógico que responde al método deductivo que implica ir de lo general a lo particular, del género a la especie o, en nuestro caso, de la norma jurídica al hecho concreto. Es decir que, desde el punto de vista del derecho, la subsunción implica una relación lógica o de adecuación de un

hecho particular, único, concreto, que ha ocurrido en el mundo del ser, con la previsión abstracta e hipotética de la norma, que existe en el mundo del deber ser. En este sentido, por ejemplo, el art. 1.014 del CCC dispone: «El contrato es nulo cuando: a. su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres». En este caso, cuando un juez tiene bajo su jurisdicción un contrato cuya causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, debe simplemente declararlo nulo, ya que es el resultado lógico de la adecuación del caso particular a la norma general.

Siguiendo con nuestro tema, la teoría jurídica exige el cumplimiento de la promesa, pero el resarcimiento ante el incumplimiento de cada promesa demanda la atención particular de las circunstancias específicas del caso. Por lo tanto, hay una especie de contradicción en este enfoque clásico. Por un lado, la exigencia de cumplimiento y, por otro, el reconocimiento a una multiplicidad de circunstancias que pueden afectar la compensación.

El análisis económico del derecho comparte gran parte del enfoque clásico del derecho, pero disiente en varios aspectos que explicaremos a continuación. Por ejemplo, para el AED es necesario definir el contrato perfecto, que representa el acuerdo ideal al que llegarían las partes voluntariamente en un mercado perfecto, sin fallos, garantizando así la eficiencia. Este concepto, *contrato perfecto*, debe entenderse como análogo al de *competencia perfecta* en microeconomía: un contrato idealmente concebido para alcanzar los objetivos de las partes, para garantizar la eficiencia y que, a su vez, no puede ser superado por un contrato mejor para satisfacer los objetivos del *promisor* y el *promisee* —en inglés, promotor y beneficiario de la promesa—, de ahora en más, acreedor y deudor o sujeto activo y sujeto pasivo.

Así, los contratos serán válidos en la medida que conduzcan a comportamientos eficientes de las partes. Es decir, serán válidos en la medida que conduzcan a la eficiencia y, por lo tanto, debe garantizarse el cumplimiento de las condiciones que aseguren la eficiencia. En forma análoga, los contratos perfectos conducen a la eficiencia del mismo modo que lo hace la competencia perfecta.

Para lograr esto, se requiere salvaguardar condiciones de racionalidad individual y del ambiente contractual perfecto. Por *racionalidad* se entiende que el individuo tenga preferencias estables (una persona mentalmente insana no las tiene) y que procure maximizar su utilidad. Por otro lado, se alcanza un ambiente contractual perfecto cuando:

- Existe información completa (no hay asimetrías de información).
- Existen muchos agentes compitiendo (no hay poder de monopolio).
- Los costos de transacción son nulos o bajos.
- No hay externalidades (fallos de mercado).

Si el contrato no viola ninguna de estas cuatro condiciones, el juez debe darle fuerza legal estricta. Es decir, aceptarlo tal cual es y, en consecuencia, ordenar un cumplimiento estricto (*strict enforcement*) que garantizará la eficiencia.

Si se violan estas condiciones al momento de la celebración o durante su ejecución en razón de algún incumplimiento, el contrato llega a la instancia judicial, el juez no aceptará el contrato tal cual es y ordenará un cumplimiento selectivo (*selective enforcement*). El cumplimiento se atenderá, no al contrato viciado, sino a uno hipotético que elaborará de su parte imaginando cuál sería el contrato ideal que se alcanzaría en un mercado perfecto, buscando definir cuál sería el contrato eficiente que habrían preferido las partes si tuviesen racionalidad y un ambiente contractual perfecto.

El procedimiento es semejante al que es recomendado en la economía ante la presencia de fallos de mercado porque, de la misma forma que un juez ordena el cumplimiento selectivo, la teoría económica recomienda algún tipo de intervención para salvar o paliar el problema. Por ejemplo, regulación o propiedad pública ante un monopolio natural (electricidad, gas), subsidio o provisión pública ante un caso de externalidad positiva (educación, seguridad) o el mandato a publicitar la información ante un caso de asimetría de información (medicamentos), entre otros.

4. 5. Causales de incumplimiento

Hay dos grandes tipos de grupos de causales de incumplimiento de un contrato: 1) defectos de formación y 2) excusas de ejecución.

4. 5. 1. Defectos de formación (*formation defenses*) al momento de celebrar el contrato

Desde el punto de vista del AED, para valorar la validez de una cláusula o contrato debe evaluarse el ambiente contractual en el que se realizó. El contrato y sus cláusulas serán válidos mientras más se asemeje al contrato que se realizaría en un ambiente semejante al de la competencia perfecta, en el sentido de que exista racionalidad, libre voluntad, información abundante, competencia. A continuación, enumeramos varios tipos de defectos de formación:

- Coerción.
- Incapacidad.
- Asimetrías de información.

4. 5. 1. 1. Casos de coerción

Análisis de un ejemplo de la jurisprudencia de EE. UU. en el caso Austin vs. Loreal (1970). La firma Austin produce radares y organiza una licitación entre subcontratistas para la provisión de partes de radares, que es ganada por Loreal. Austin repite la licitación al año siguiente, pero esta vez Loreal pierde y amenaza con no proveer los repuestos comprometidos el año anterior si no se daba continuidad al contrato. Austin acepta entonces, pero declara que lo hace bajo coerción. Continúa el contrato, pero antes de su finalización, Austin no realiza el último pago y hace juicio a Loreal. La justicia de EE. UU. terminó resolviendo que Austin aceptó el contrato con Loreal, pero estaba viciado de coerción (lo resolvió recién en segunda instancia).

En este caso, la teoría económica brinda respaldo a la invalidez cuando los contratos se firman bajo coerción y, por lo tanto, coincide con lo que resuelve la justicia. Este caso jurisprudencial de Estados Unidos coincide con la doctrina nacional que establece que, para que el consentimiento sea legalmente expresado, el sujeto debe actuar con discernimiento, intención y libertad; es decir, excluyendo los denominados vicios de la voluntad. Estos son el error, que afecta al discernimiento; el dolo, que excluye a la intención; y la violencia, que impide la plena realización de la libertad. También deben estar excluidos los vicios propios de los actos jurídicos: la lesión, la simulación y el fraude.

Box 3

Ley civil y el contrato de trabajo según Aristóteles

La evolución de ley civil (*civil loi*) que regula la relación entre pares, ciudadanos iguales en derechos, afortunadamente ha avanzado sobre espacios antes reservados a la ley de familia (*loi de famille*). Por *ley de familia* entendemos al derecho consuetudinario patriarcal y autocrático que regulaba en el pasado la relación entre no iguales (de acuerdo con esta ley), como la relación autoritaria y de dominio entre padre e hijo o esposo y esposa. El mayorazgo o *hereu* era una tradición consuetudinaria de algunas regiones del mundo por la cual el hijo primogénito varón heredaba la propiedad (tierras) mientras que los siguientes hijos recibían educación (o, como era costumbre, ingresaban al sacerdocio).

Un vestigio moderno de esta tradición es la ley de sucesión en la mayoría de las monarquías del mundo (la española, por ejemplo), por la cual el primer hijo varón es el que tiene derecho al trono por encima de la primera hija mujer, independientemente de cuáles sean las dotes de conducción de los príncipes. Llama la atención que se condene públicamente este arcaísmo sexista del derecho monárquico y, en cambio, no se

condene el hecho de que solo los primogénitos puedan ser candidatos al trono y queden fuera de competencia, sin más argumento que el orden de nacimiento, los segundos o siguientes hijos del monarca. Esta es una muestra del régimen del derecho que regulaba la relación hereditaria dentro de la familia, de igual manera que la imposibilidad de las esposas para hacer actos jurídicos sin el consentimiento del esposo y la esclavitud.

El imperio actual de la ley civil y «la desaparición de la *loi de famille* es el fin de la esclavitud en todas sus formas y en todos sus grados (incluidos el clientelismo y el trabajo asalariado)» (Domènech, 2013). Un vestigio moderno de la *loi de famille* es la regulación de la relación del trabajo asalariado:

En un sentido importante, la moderna empresa capitalista es una institución extremadamente autoritaria, heredera del despotismo patriarcal-patrimonial del *oikos* griego, de la *domus* romana y de la *familia* —*familia* viene de *famulus*, esclavo doméstico— del antiguo régimen: no rige en ella la *loi civil*, sino la *loi de famille*. Reliquia fosilizada de eso en nuestra lengua viva: al propietario de la empresa capitalista —o a su agente fiduciario— se le sigue llamando *patrón*: y a las organizaciones de los grandes empresarios capitalistas, *patronales*. (Domènech, 2013)

En este mismo sentido, dice Domènech:

Y para Aristóteles, el trabajador asalariado (*misthotés*) no es más que un «esclavo a tiempo parcial», pues depende arbitrariamente de otro —del propietario de los medios de producción— para subsistir (una opinión que más de dos milenios después harían celeberrimamente suya Adam Smith y Karl Marx). Cicerón repitió eso mismo (en De of.), negando que el contrato de trabajo asalariado —*locatio conductio operarum*—, a diferencia del contrato de obra —*locatio conductio opera*—, pudiera ser considerado propiamente un «contrato» civil, es decir, una transacción entre personas libres.

De todos modos, desde el siglo xx y para el derecho moderno tanto anglosajón como continental, el contrato de trabajo cae dentro de la órbita del derecho civil, es decir, patrón y empleado son igualmente libres (Domènech, 2013). Cabe mencionar que el derecho de trabajo parece reconocer cierta desigualdad en la libertad de estas partes, otorgándole cierta protección al empleado a la que no puede renunciar. Un contrato laboral firmado voluntaria y libremente por el patrón y su empleado que estableciese que el primero puede despedirlo sin indemnización, no sería válido. Para proteger al trabajador y al trabajo, este derecho es

irrenunciable; el trabajador no tiene derecho a renunciar a él ni el empleador a quitárselo. De hecho, en nuestros días y en nuestro derecho, un contrato de trabajo celebrado con todas las formalidades imaginables, que contuviera cláusulas violatorias de los derechos del trabajador, sería válido y esas cláusulas, simplemente, se tendrían por no escritas.

4. 5. 1. 2. Casos de incapacidad permanente o temporal de alguna parte

Ni la teoría jurídica del derecho continental ni la jurisprudencia en el derecho anglosajón consideran válidos estos contratos. De igual forma, tampoco resulta válido de acuerdo al análisis económico del derecho porque se viola el requisito de racionalidad individual. De modo que, tanto la jurisprudencia como el AED alcanzan la misma conclusión.

En este sentido, el Código Civil y Comercial establece:

Artículo 1.001. No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que estén impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.

4. 5. 1. 3. Casos de asimetría de información

Para el derecho común anglosajón, algunas asimetrías de información son permitidas y otras, no.

Pueden presentarse las siguientes clases de asimetrías de información:

- Productivas (que inducen la creación de riqueza).
- Redistributivas (ni crea, ni destruye, distribuye).
- Destructivas (destruye riqueza).
- Dolo.
- Contratos desiguales.
- Error.

4. 5. 1. 3. 1. *Productivas*

Decimos que existe información asimétrica productiva cuando alguien, por ejemplo un geólogo, compra un terreno sabiendo que tiene algo valioso (una cantera) que ni el propietario ni el mercado conocen. En general, la jurisprudencia no revierte estos contratos, es decir, permite esta asimetría. El AED sostiene la misma postura, con el criterio de que, al permitirle apropiarse del beneficio, está recompensando a quien se tomó el trabajo de buscar la información. Recompensa la creación de riqueza.

La empresa norteamericana Odyssey utiliza tecnología avanzada para encontrar tesoros hundidos en el mar (pecios). Son miles los tesoros depositados en aguas abiertas a lo largo de la historia humana, por lo que el objeto de esta firma puede ser muy lucrativo. De todos modos, de acuerdo con el derecho internacional del mar, encontrar un tesoro no es garantía para poder quedárselo. El caso del navío español Nuestra Señora de las Mercedes, una fragata de guerra, lo demuestra. Odyssey encontró un tesoro de 600 000 monedas de plata cerca de la costa de Portugal, a más de 1100 metros de profundidad. La empresa extrajo el tesoro en una operación prácticamente clandestina, intentando ocultar el hallazgo del buque hundido por los ingleses en 1804. Además, falsó la información sobre el hallazgo.

Tras conocer la noticia del hallazgo de Odyssey, el Gobierno español inició una investigación que dio sus frutos: pudieron identificar la maniobra de la empresa norteamericana para ocultar el origen del buque de guerra español y, tras una batalla judicial en Florida (EE. UU.), la empresa tuvo que devolver el tesoro hallado a España. Si Las Mercedes hubiese sido un buque mercante y no una fragata de guerra española, Odyssey habría tenido derecho al tesoro. En este caso del derecho internacional del mar, la asimetría de información productiva no dio lugar a un derecho para quien produjo esa valiosa información.

4.5.1.3.2. *Redistributivas*

Continuando con el ejemplo utilizado en la sección anterior, tendremos un ejemplo de información asimétrica redistributiva cuando un tercero, tras escuchar por casualidad al geólogo (es decir que obtuvo la información por medios lícitos), se le adelanta y compra el terreno. La jurisprudencia en el derecho anglosajón no permite revertir este tipo de contratos; en forma semejante, el análisis económico del derecho no encuentra motivos económicos para hacerlo. Podría aplicarse la misma justificación que en el caso anterior y anular la operación para premiar a quien buscó la información (el geólogo) y no a quien se la quitó (el entrometido). Sin embargo, el AED considera a estos contratos como válidos porque revertirlos no implica una mejora en el sentido de Pareto. También existen motivos adicionales, por ejemplo, relacionados con la litigiosidad. En efecto, en este caso es difícil y costoso probar contundentemente el oportunismo del tercero; por lo tanto, al aceptar que no se reviertan los contratos, se está enviando una fuerte señal para que la información sea guardada a buen resguardo.

4. 5. 1. 3. 3. *Destructivas*

La jurisprudencia anglosajona exige que siempre que haya información asimétrica destructiva sea obligatorio darla a conocer (*duty of disclosure*). El AED coincide con la teoría jurídica por la sencilla razón de que la información asimétrica implica un ambiente contractual que no garantiza la eficiencia, en el sentido de que las partes no habrían llegado al mismo acuerdo de conocer acabadamente la información ocultada. Dos ejemplos de información asimétrica destructiva son el de los medicamentos y el de los automóviles usados.

En efecto, los medicamentos pueden tener efectos secundarios que en gran medida dependen de los atributos del paciente, como la edad, sus consumos medicamentosos, peso, entre otros. La ley le exige a las compañías farmacéuticas que investiguen sobre estos efectos secundarios y publiquen la información sobre las recomendaciones en los prospectos que acompañan a los medicamentos. Otro argumento consiste en que esta información tiene características de bien público; es decir, un fallo de mercado que implica que quien genera la información no se puede apropiarse de los beneficios de haberla generado.²² En efecto, para una empresa farmacéutica, estos costosos estudios solo representan un costo adicional que desearían evitar o minimizar. Es por eso que la regulación del Estado a través de las agencias respectivas (en la Argentina lo realiza la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica –ANMAT–) exige que se realice la investigación y que, además, se la publique. De otro modo esto no se realizaría o, al menos, no de manera tan exhaustiva.

Otro argumento económico evidente se halla en el hecho de que, una vez detectada la necesidad de producir y publicar esa información, sería mucho más eficiente que lo realizara la empresa farmacéutica –que va a ser legalmente responsable de los resultados– y no cualquiera de los consumidores de los medicamentos, para quienes individualmente no sería posible financiar semejante estudio.

El ejemplo de los vehículos usados tiene aristas semejantes. La asimetría se halla en el hecho de que los vendedores (como fueron los usuarios) poseen mucha más información del vehículo que los compradores, por razones obvias. Si el vendedor omite información al comprador y este puede demostrarlo, la justicia consideraría inválido este contrato. En consecuencia, obligaría a la reversión de la operación de compra y

22 Es un bien público porque la información tiene la propiedad de ser un bien no excluyente (no es posible excluir a alguien de su disfrute una vez difundida la información), ni rival (el consumo de la información por parte de una persona no afecta la disponibilidad para otra persona).

venta (por ejemplo, el vendedor de un automóvil no cambió el aceite en 30 000 km cuando lo recomendado por el fabricante es hacerlo cada 10 000 km y no se lo informa al vendedor).

En este sentido, la ley de defensa del consumidor (24.240/1993) plantea en el capítulo II sobre información al consumidor y protección de su salud:

Artículo 4. Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

Artículo 5. Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Artículo 6. Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

Vale mencionar aquí que la exigencia legal del consentimiento informado es un derecho que ha germinado en el embrión del mercado de medicamentos y tratamientos médicos, evolucionando y ampliándose posteriormente hasta otorgarle este derecho al colectivo de usuarios y consumidores.

En los tres tipos de información asimétrica, tanto la doctrina jurídica como el AED coinciden en sus recomendaciones. Los contratos serán válidos cuando existan problemas de asimetrías de información, excepto en el tercer caso, cuando son destructivas.

4. 5. 1. 3. 4. *Dolo*

Consiste en brindar información destructiva voluntariamente. No solo se omite, sino que se engaña. Para la doctrina jurídica, estos contratos no son válidos; siguiendo con el ejemplo anterior, del vendedor de un vehículo, hay dolo cuando el vendedor no solo sabe que le dio a este un mal uso y mantenimiento deficiente como ya se planteó, sino que, además, sabe que está roto y oculta su mal estado. Probados estos extremos, cualquier juzgado decretaría la nulidad del contrato. El AED coincide con este criterio de la tradición jurídica por los mismos motivos señalados en el párrafo anterior.

En este sentido, el art. 271 del CCC dispone: «Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto».

En la nota correspondiente al artículo 931 del Código Civil, Vélez explica:

La ley romana define al dolo: «Omnis calliditas, fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita». Según los intérpretes, «Calliditas» significa la disimulación artificiosa; «Fallatio», el lenguaje embustero; «Machinatio» la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definición abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar.

Y precisamente, desde la visión del derecho civil, el dolo consiste en el engaño empleado para obtener cierto objetivo, en nuestro caso la celebración de un contrato, en el cual una de las partes accede a su realización sobre la base del engaño, ocultamiento o artificio empleado por la otra, con ese fin.

Box 5

Bancos condenados por vender bonos argentinos

Un ejemplo palmario de esta decisión de los juzgados lo dio la justicia de todo el mundo con respecto a la venta de bonos argentinos emitidos por el gobierno de Fernando de la Rúa durante el *megacanje*, muchos de ellos colocados entre ciudadanos europeos, italianos y alemanes desprevenidos o malinformados (jubilados en gran proporción).²³

23 El *megacanje* fue una política financiera implementada por el ministro Domingo Cavallo durante el gobierno de Fernando de la Rúa, que consistió en postergar los vencimientos de deudas por tres años, reduciendo los vencimientos de deuda para el año 2011. Como compensación por dicha postergación, se elevaron los intereses de la deuda hasta un 15 % anual. A pesar de que la cesación de pagos era inminente, los bancos Francés, Santander Central Hispano, Galicia, Citigroup, HSBC, JP Morgan y el Credit Suisse First Boston hicieron un gran negocio, cobrando grandes comisiones (150 millones).

En diversos juzgados del mundo, los bancos fueron condenados, o bien a revertir las operaciones y asumir las pérdidas, o bien a indemnizar a los bonistas perjudicados. El argumento principal se hallaba en el hecho de que, si bien estos bancos conocían el alto riesgo involucrado, no informaban o mal informaban a los compradores. Una de las pruebas fundamentales consistió en las jugosas comisiones que recibían los agentes financieros por colocar estos bonos. Otra, en el hecho de que muchos de los bonos vendidos eran activos que estaban en sus carteras y de los que querían desprenderse para evitar el riesgo. Es claro que estos intereses acentuaron el problema de agencia (o agente principal) que existe en el sector financiero. En efecto, en este caso el agente es el banco quien, en principio, debe procurar el bienestar del principal (sus clientes) brindándole un juicioso asesoramiento financiero. Sin embargo, las jugosas comisiones hicieron que los bancos valoraran más su beneficio inmediato (las comisiones cobradas) que los posibles beneficios futuros derivados del bienestar de sus clientes (el principal), es decir, los agentes no procuraron el bien del principal.

4. 5. 1. 3. 5. *Contratos desiguales (Unconscionability, inescrupulosidad o falta de consciencia moral)*

En este caso existen diferencias de opinión entre la tradición jurídica y el AED. Este tipo de contratos implica una gran desigualdad, con cláusulas a simple vista leoninas que ofenden la conciencia de los jueces. El caso de la jurisprudencia anglosajona que lo ejemplifica es el de Williams vs. Walker Thomas (EE. UU.). Walker Thomas es un afroamericano con una familia numerosa y pocos ingresos, lo que dificulta su acceso al crédito. Sin embargo, pudo adquirir muebles financiados comprándoselos a Williams con una cláusula *add-on* (aditividad en la garantía), que establece que Thomas no será dueño de ninguno de los muebles adquiridos hasta haber pagado todas las compras anteriores.

La opinión del AED es la siguiente: Thomas es un cliente de alto riesgo y no hubiera sido sujeto del préstamo sin esta cláusula que le brinda una garantía real a Williams. Gracias a esta cláusula, Thomas accedió al mercado de crédito al que difícilmente podría ingresar de otro modo. Si Williams trabajase en un mercado competitivo (en el que el precio es igual al costo marginal, $P=CMg$), esto es, que no tiene beneficios extraordinarios, la corte no debería declarar *unconscionability* porque, de hacerlo, estaría destruyendo un mercado de crédito que no podría existir sin la cláusula *add-on*. En este sentido la cláusula es eficiente, porque crea riqueza y transacciones paretianas. Si, por el contrario, Williams fuese una empresa monopólica y no solo recibiera una remuneración acorde

al riesgo que asume sino que tuviese beneficios extraordinarios, en este caso una declaración de *unconscionability* estaría estimulando la creación de cláusulas menos desiguales, entonces se castigaría el abuso de poder de negociación derivado de su posición dominante, no la existencia de este tipo de mercados creados en esta cláusula *add-on*.

Hay dos formas de mirar el caso según sus impactos, hacia atrás (*backward looking*) y hacia adelante (*forward looking*). El primero es el que utiliza la justicia: analiza el caso particular y trata de solucionarlo. El segundo es el que utiliza la economía: analiza los casos futuros, evalúa el costo de sentar un precedente que, en este caso, puede destruir riqueza si provoca la desaparición de un mercado. Así, sentar un precedente favorable a la cláusula *add-on* le brindaría beneficio a Williams y a quienes se encuentren en su situación en el futuro, tanto como a quien esté en la situación de Thomas, la de imposibilidad de acceder al crédito. En cambio, un dictamen desfavorable le generaría costos a toda la sociedad al eliminar el mercado y la posibilidad de acceder al crédito a personas en la situación de Thomas.

Sin embargo, para la tradición judicial anglosajona, estos casos son fallados en contra de la validez de la cláusula *add-on* porque los jueces interpretan que la desproporción de la garantía implica una situación de desventaja que favorece desmedidamente a Williams. La cláusula ofende la conciencia de los jueces.

Sin perjuicio de lo dicho con respecto a la jurisprudencia norteamericana, nuestro derecho elaboró la teoría de la lesión, con recepción positiva en el art. 954 del CC, introducido por la reforma de la Ley 17.711 (1968), mantenida Código Civil y Comercial en el art. 332. Allí dispone que los jueces podrán declarar la nulidad de los contratos cuando una de las partes explote la necesidad, ligereza, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra y obtenga mediante ello una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

4. 5. 1. 3. 6. *Error (vicios del consentimiento, particularmente error de hecho y error de derecho)*

El error puede ser bilateral, es decir que las dos partes creen estar haciendo un contrato que en realidad no lo es. El contrato pasa a ser inválido por voluntad de las dos partes. Si el error es unilateral, el contrato es inválido siempre que el error sea destructivo (por ejemplo, comprar una casa sin saber que tenía termitas), mientras que es válido si el error es productivo (por ejemplo, cuando el vendedor reniega entregar una propiedad porque fue subvaluada por error).

Nuestro derecho solo reconoce como vicio del consentimiento el error de hecho. En el art. 265 del CCC se expresa: «El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto». Con respecto al error de derecho, tanto la doctrina como el derecho positivo niegan entidad a este tipo de error para causar la nulidad del acto celebrado, ya que nadie puede alegar a su favor el desconocimiento del derecho, en razón de que este se presume conocido por todos. El art. 923 del código de Vélez disponía: «La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos». En la nota, Vélez cita a Friedrich Karl von Savigny que dice:

La noción exacta de una cosa puede faltarnos, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión. (Nota de Vélez al art. 923 del cc)

Luego, cita a Savigny y a Jacobo Cujacio en su interpretación de los textos romanos y resalta el siguiente párrafo:

El error de derecho no excusa jamás, no puede tener el efecto de declarar como no sucedida una obligación perfecta, según las leyes, ni hacer renacer un término legalmente vencido [...] El sentido de la máxima *error iuris nocet*, es bien claro: al que quiera sustraerse de la aplicación de una ley de policía, al que quiera escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido; al que procure salvarse de un término vencido, alegando su ignorancia del derecho, le oponemos la regla *error iuris nocet*.

4. 6. Excusas de ejecución (*performance excuses*)

Con posterioridad a la firma del contrato pueden suceder acontecimientos que dificulten su cumplimiento y requieran la intervención de los juzgados si alguna de las partes se excusa de cumplir. Todo contrato tiene riesgo de incumplimiento, especialmente generado por factores no previstos que pueden alterar las expectativas y la posibilidad de cumplimiento de las agentes.

Esto surge debido a que los contratos no son perfectos; son incompletos en el sentido de que es imposible prever todas las contingencias

que podrían afectar a las partes. Cabe notar que es eficiente y conveniente el hecho de que los contratos sean incompletos. Es así porque refleja el hecho de que sería muy costoso, si no imposible, prever y negociar antes cada una de las infinitas contingencias que pueden afectar su cumplimiento. En efecto, dos partes racionales se concentrarán en negociar sobre las contingencias más probables y negociar las salidas correspondientes a cada evento, además de dejar sin negociar las remediaciones sobre los eventos menos probables.²⁴

Se sobreentiende que existe una excusa de ejecución (PE) cuando se trata de una contingencia no tratada específica y explícitamente en el contrato celebrado. Al contrario, si esta hubiese sido tratada en el convenio, la remediación propuesta por las partes tendría fuerza legal.

De este modo, tras verificar que no ha sido tratada la contingencia que originó la excusación, la recomendación del AED a los jueces es la de analizar el contrato para deducir si alguna de las partes asimiló implícitamente el riesgo de un incumplimiento. En efecto, un precio fijado muy por encima del precio del mercado le daría al juez una noción de quién asumió el riesgo de incumplimiento. El sobreprecio puede interpretarse como una prima de riesgo, un contrato de seguro.

Por ejemplo, ante un contrato de perforación, un precio elevado indicaría que el perforador ha incorporado en el texto legal el riesgo de tener que cavar más profundamente de lo normal hasta hallar el petróleo. Si el perforador no conoce el terreno, previendo dificultades –tales como rocas duras o mayor profundidad–, eleva su precio como forma de asegurarse de que, en promedio, los pozos más fáciles compensarán a los más difíciles, garantizando así su rentabilidad. En este sentido, todo contrato representa un problema de asignación del riesgo del incumplimiento de la contraparte. Así, de acuerdo al AED, si se encuentra que existe sobreprecio, el juez debería dar por válido el contrato y el perforador no podrá excusarse de hacer el pozo prometido por más profundo que tuviese que cavar. Si por el contrario no se encuentran indicios de sobreprecio, el criterio económico es que el costo que genere la contingencia lo asuma quien pudo haberla previsto más eficientemente o quien pudo haber contratado un seguro a menor costo.

Un caso de la jurisprudencia norteamericana nos permite ilustrar al respecto. Caso ejemplo: contrato de abastecimiento petrolero entre firma europea E y una petrolera radicada en la península arábiga PA. La empresa

24 Vale notar que este argumento del AED sobre la eficiencia de la imperfección de los contratos, debido a la imposibilidad de prever todas las contingencias, es un reconocimiento teórico a la falsedad del supuesto de información perfecta de la economía neoclásica.

PA se excusa de cumplir el contrato debido a que en la región se desata una guerra que se lo impide. ¿Quién debería cubrir los costos del incumplimiento? Era más probable para la firma PA prever el conflicto así como también hubiera sido más económico para ella asegurarse ante la contingencia. Por lo tanto, es la responsable por el incumplimiento.

Box 6

La imperfección de los contratos y la licitación de concesiones por el método del menor valor presente del ingreso

Una concesión vial es un contrato por el cual el Estado le concede a una empresa el derecho a cobrar un peaje a los vehículos que circulen por una vía durante el período de duración de la concesión y, en contrapartida, la empresa asume la inversión necesaria para hacer la obra y el mantenimiento. Los Estados recurrieron masivamente a estas concesiones para financiar obras de infraestructura desde fines de los 80.

A pesar de que las concesiones han perdido popularidad como método de financiamiento de la infraestructura, los Estados siguen recurriendo al sector privado para llevar adelante muchas de sus inversiones. Este es el formato que actualmente impulsan las alianzas público-privadas que promueve enfáticamente el Banco Mundial.

Las concesiones viales están sujetas a grandes riesgos derivados de la magnitud de las inversiones y los largos plazos de ejecución de obra y duración de los contratos. Enfrentan riesgos macroeconómicos (inflación, imprevisibilidad de la demanda o tráfico), de expropiación, de sobrecostos de construcción y manutención, de cambios en las reglas de juego (nuevas vías alternativas, modificaciones del régimen tributario), entre otros. Todos ellos hacen imposible que estos contratos sean perfectos, porque no pueden prever las infinitas contingencias que pueden afectarlo.

La concesión se hace a través de un proceso competitivo en el que el Estado fija las condiciones a través de un pliego de licitación. Las empresas aspirantes compiten entre ellas y resulta seleccionada la empresa más competitiva, aquella que haya hecho la mejor oferta. Hay dos tipos estándares de licitaciones: uno, donde el precio del peaje es prefijado por el Estado y gana la competencia la empresa que ofrezca la menor duración del contrato de concesión, y otro, donde la duración de la concesión es prefijada y la empresa ganadora es la que se compromete a cobrar el menor peaje.

El proceso de licitación es competitivo, pero solo en la línea de larga-da. La competitividad termina cuando la licitación tiene una empresa ganadora, porque una vez que es seleccionada, cualquier modificación que afecte el contrato (y como hemos señalado, serán muchas) implica una renegociación en un ambiente no competitivo entre el Estado y la

empresa concesionaria, que tiene una ventaja negociadora. Cada re-negociación abre la posibilidad de que la empresa pueda disfrutar de los beneficios extraordinarios con los que no podría contar si el contrato fuese perfecto y no sufriese modificaciones. Este hecho explica que, con frecuencia, no sean las empresas más eficientes las que ganen las licitaciones de concesión, sino las que tengan mejores equipos de cabildeo o abogados para ganar las disputas que se planteen con el regulador en el futuro. Es claro que este procedimiento encarece sensiblemente la obra pública, perjudica a los contribuyentes y empeora la gestión de Gobierno. Recientemente, tres autores chilenos (Engel y otros, 1997) propusieron un método innovador de licitación de concesiones, denominado el menor valor presente del ingreso (MVPI).²⁵ De acuerdo con los autores, este contribuiría a solucionar gran parte de los inconvenientes del sistema tradicional. Con este método, el regulador fija el precio del servicio (peaje) y resulta adjudicada la empresa que ofrece el menor valor presente del ingreso. La concesión termina cuando el valor presente de los ingresos por peajes del concesionario iguala el MVPI ofrecido por la empresa adjudicada en la licitación inicial. Si aumenta (o disminuye) la demanda por el servicio (tráfico), la duración del contrato disminuye (o se alarga) como consecuencia de que los ingresos recaudados igualan el MVPI licitado en un tiempo menor (o mayor). El valor presente de los ingresos se descuenta a una tasa preestablecida (LIBOR + prima) con el objeto de no adicionarle riesgo financiero al proyecto.

Entre las principales ventajas de este método puede señalarse que elimina el riesgo asociado a la imprevisibilidad del tráfico, lo que termina representando un ahorro de hasta un tercio del costo de la obra. No requiere una garantía de tráfico mínimo, lo que disminuye los costos contingentes del Estado. Una gran ventaja es que el Estado mejora su capacidad de negociación ante cada modificación del contrato, porque la compensación por terminar anticipadamente el contrato está predeterminada en él (es la diferencia entre los ingresos percibidos hasta el momento de la terminación y el MVPI ofrecido en la licitación por la empresa).

Bajo el paraguas de una concesión tradicional, las terminaciones de contrato suelen ser muy costosas porque su valor es determinado

25 Se entiende por *valor presente de los ingresos* el valor actual de la corriente de ingresos futuros descontados a una tasa prefijada. Se trata de ingresos y no de utilidades, porque los primeros son fácilmente verificables a diferencia de las segundas, cuyo monitoreo depende de la información contable suministrada por la empresa. Además, tener como referencia a las utilidades generaría un incentivo ineficiente, ya que el plazo de la concesión se alargaría mientras mayor sea la ineficiencia de la empresa.

en los juzgados, que habitualmente compensan a las empresas por los beneficios que hubiesen podido tener bajo el escenario más rentable posible. De este modo, con el MVPPI se evitan las costosas renegociaciones de los contratos, ya que el Estado puede cancelar la concesión, pagando por ello este valor y financiándolo con un nuevo lanzamiento de la licitación. Asimismo, dado que el costo de cancelar un contrato es bajo, esta posibilidad implica una amenaza para el concesionario, lo que facilita las renegociaciones del contrato ante cualquier modificación al mismo y disminuye las pretensiones de la empresa concesionaria. Asimismo, disminuye los incentivos de las empresas a fijar precios estratégicos alejados de los costos reales, que incorporen la expectativa de renegociaciones redituables.

A continuación, se detallan las diferentes excusas de ejecución:

- Destrucción de propósito.
- Imposibilidad de cumplimiento.
- Impracticabilidad comercial.

4. 6. 1. Excusa de ejecución basada en la destrucción de propósito

El propósito del contrato se elimina antes de que finalice el contrato. ¿Cómo se resuelve según el AED? Caso ejemplo: un turista alquila un balcón para ver la carrera de mozos sobre la calle Mitre de San Carlos de Bariloche, pero la carrera se cancela por motivos climáticos. Lo ideal sería que el contrato previese cual sería la acción de remediación ante este caso. Si no lo prevé explícitamente, entonces es conveniente asignarle el costo a quien estaba en mejores condiciones para prever el inconveniente. En este caso, sería el propietario, ya que es quien podía prever la nevada mejor que el turista.

4. 6. 2. Excusa de ejecución basada en la imposibilidad de cumplimiento

En la jurisprudencia norteamericana se registró el caso de Tlakioglau (T) vs. Noblethort (N). T vende maní desde África vía canal de Suez a N, empresa alemana. El contrato contenía una cláusula explícita que preveía, ante imposibilidad, su cancelación. Se desata una guerra y T no puede cumplir el contrato porque se ha cerrado el canal de Suez; se acoge a la cláusula de imposibilidad. Por su lado, N recurre al juzgado, argumentando que en realidad no era imposible ya que podría haber optado por la vía del cabo de Buena Esperanza en Sudáfrica. El costo de transporte

es mayor, pero su cumplimiento no es imposible (finalmente ganó el juicio la empresa N).

En nuestro derecho, se aplica la teoría de la imprevisión. La ley de reforma del código de Vélez, Ley 17.711, incorporó en el art. 1.198 esta teoría:

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

El CCC mantiene este instituto en el art. 1.091:

Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

4. 6. 3. Excusa de ejecución basada en la impracticidad comercial

Estamos frente a una situación en la que, debido a un cambio no previsto en las circunstancias, el cumplimiento del contrato le puede traer aparejada a la empresa la quiebra. Caso reactores de Westinghouse (w): para promocionar sus reactores nucleares, que todavía no eran una tecnología probada, w ofrece a las compañías eléctricas el insumo de estos reactores –uranio enriquecido– a muy bajo costo. El precio del uranio

se triplicó en corto plazo y, en consecuencia, se excusa de cumplir el contrato argumentando impracticabilidad comercial. La corte falla en su contra argumentando que no es aplicable el argumento. Finalmente, la disputa terminó resolviéndose entre las partes, a mitades.

En nuestro derecho también aplicaríamos a esta cuestión la teoría de la imprevisión, en virtud de que la prestación a cargo de una de las partes se ha tornado excesivamente onerosa. ¿La razón? Una alteración extraordinaria de las condiciones del contrato, existentes al momento de su celebración y sobrevinida sin culpa de las partes, es decir por causas ajenas a ellas y al riesgo asumido.

4. 7. Remediaciones

Son posibles dos grupos de remediaciones: las diseñadas por la corte y las diseñadas por las partes.

4. 7. 1. Remediaciones diseñadas por la corte

Es frecuente que los jueces acepten revisar cláusulas contractuales que prevén compensaciones asimétricas o que ofenden su conciencia, argumentando con frecuencia que hay disparidad de poder entre las partes. Es decir que no hubo un ambiente contractual competitivo, como es común, al hacer operaciones financieras o de seguros por ejemplo. Ante la inocultable existencia de estas circunstancias y condiciones en relaciones jurídicas absolutamente desiguales, por lo menos en cuanto al poder que detenta una y otra parte, se fue desarrollando en las últimas décadas, lo que se conoce como *derechos del usuario y del consumidor*.

En 1993, se sancionó la Ley 24.240 de Protección y Defensa de los Derechos del Consumidor. Esta fue reformada, complementada y perfeccionada sucesivamente por las leyes 24.558 (1995), 24.787 (1997), 24.999 (1998), 26.361 (2008) y 26.993 (2014). Toda esta enorme energía legislativa puesta a disposición de este nuevo paradigma denota la trascendencia que ha tenido el tema en los últimos años.

Pero no solo tuvo trascendencia legislativa, sino que además la reforma constitucional de 1994 incorporó este tema en el segundo capítulo de la primera parte «Nuevos derechos y garantías». En el art. 42 dispone:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Por último, el Código Civil y Comercial establece, en el art. 1.094:

Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Los jueces proveen dos tipos de remedios, la aplicación de daños compensatorios y la acción de cumplimiento contractual (*specific performances* en inglés).

4. 7. 1. 1. Daños compensatorios

El objetivo de la corte es poner en una situación de indiferencia a la parte afectada. Existen dos tipos de daños: de confianza y de expectativas.

4. 7. 1. 1. 1. Daño compensatorio de confianza

En el de confianza, la corte ordena al incumplidor cubrir los gastos en los que el perjudicado incurrió por confiar en que el incumplidor respetaría su parte del contrato. Caso de la jurisprudencia de EE. UU.: un donante promete un aporte financiero para una universidad. En consecuencia, y confiada en esta promesa, la universidad adquiere unos terrenos para construir un edificio con el aporte donado. El donante se retracta y la universidad demanda al donante. El juez falla en contra del donante y lo condena a compensar los costos asumidos por el donatario.

4. 7. 1. 1. 2. Daño compensatorio de expectativas

El daño compensatorio de expectativas se aplica cuando la corte brinda una compensación suficiente para cubrir no solo lo que el perjudicado

perdió, sino también lo que esperaba ganar y no pudo como consecuencia del incumplimiento del contrato.

Así, en el caso del apartado anterior, la indemnización por daños compensatorios le permite al perjudicado estar en una situación de indiferencia entre dos situaciones: la que se habría alcanzado si la contraparte hubiese cumplido la promesa o si, tras no cumplirla, se hubiese compensado al perjudicado por los gastos enfrentados hasta entonces. En el caso de daño compensatorio de expectativas, la situación de indiferencia se alcanza cuando la compensación también incluye la expectativa de beneficio que habría generado el contrato.

4. 7. 1. 2. Mandato judicial (*specific performance*)

En este caso, el juez da la orden de cumplir o no la promesa del contrato. Del AED se desprenden ciertas recomendaciones que pueden utilizar los tribunales que apuntan a maximizar la eficiencia del remedio. En ningún caso la recomendación es que los juzgados establezcan daños compensatorios. En efecto, si los costos de transacción son bajos, la corte debe preferir la opción por el mandato judicial, asignar el derecho dictaminando su mandato y dejar que los agentes negocien. Si en cambio los costos de transacción son altos, la corte debe preferir el mandato que maximice el bienestar social, porque la negociación no será posible.

En la práctica, las cortes de EE. UU. tienden a sancionar daños compensatorios a pesar de que los costos de transacción en los contratos son habitualmente bajos (porque, en cierta medida, ya fueron asumidos por las partes, que ya han negociado entre ellas). Así, la tradición jurídica y el AED mantienen opiniones muy diferentes respecto a la mejor forma de remediar los contratos.

4. 7. 2. Remediaciones diseñadas por las partes

Nos referimos como remediaciones diseñadas por las partes a los casos en los que los contratos prevén algunas de las contingencias que pueden llevar a su ruptura y específicamente incluyen la compensación. Si los contratos no tienen vicios en el ambiente contractual, lo dispuesto por las partes es lo que garantiza la eficiencia. Sin embargo, las cortes tienden a hacer caso omiso de lo dispuesto cuando las compensaciones no les parecen razonables y las partes con frecuencia recurren a los juzgados para explotar el criterio de los jueces. Para el análisis económico del derecho, las cortes tienen menos información que los involucrados para evaluar los costos de una ruptura contractual. Si la corte interpreta que las partes son racionales y actúan en un ambiente contractual perfecto

entonces, ¿por qué dudar de la validez de un contrato, en lugar de tener que interpretarlo?

Suelen existir cláusulas de incumplimiento muy onerosas, al punto de que no parecen razonables para las cortes, pero que son eficientes de acuerdo con el AED. Hay dos motivos frecuentes para ello: seguro y publicitación (*signalling*).

4. 7. 2. 1. Seguro

Se arregla un precio superior al de mercado y la cláusula ante el incumplimiento de contrato es muy costosa para el vendedor. Caso ejemplo: se contrata una mudanza de traslado de objetos muy valiosos; el precio por el servicio es caro y también se fija una cláusula excesiva ante la posible rotura de lo transportado. La jurisprudencia fallaría a favor del camión de mudanza, con el argumento de que la compensación es excesiva. En cambio, el análisis económico del derecho solo se concentrará en el ambiente y la racionalidad del contrato; no tiene motivos para objetar el mismo o la compensación prevista ante incumplimiento. Además, quien puede asegurar a menor costo el contrato en este caso es la compañía de transporte, por lo que, para el AED, el contrato es válido por esas dos razones.

4. 7. 2. 2. Publicitación

En este caso, la compensación establecida por las partes en el contrato puede ser muy elevada porque el vendedor quiere dar al mercado una señal de que es muy buen proveedor del servicio de mudanzas. Por ejemplo, una empresa nueva de mudanzas puede darse a conocer rápidamente utilizando como estrategia de promoción el compromiso público (y contractual) de entregar el camión a modo de compensación en caso de que exista una rotura. Así, el castigo ante incumplimiento resulta aparentemente muy elevado porque, en realidad, el proveedor está abonando una publicidad implícita a través de la cláusula que lo compromete a compensar a la contraparte en caso de incumplimiento. Al impedir la compensación en la magnitud prevista en el contrato, el juzgado no solo estaría desalentando la adopción de este sistema eficiente de promoción publicitaria sino que, además, le impediría a la contraparte recibir la compensación convenida, que posiblemente fue uno de los determinantes que decantaron su elección de empresa de mudanza.

Análisis económico del derecho penal (*criminal law*)

5. 1. Introducción

En la literatura de tradición anglosajona, este tópico del análisis económico del derecho es denominado genéricamente como *crimen*. Sin embargo, el área de análisis no involucra solo a los crímenes de consecuencias penales como el robo, el homicidio o la violación, por ejemplo, sino que se extiende a todo tipo de transgresiones a la ley, como son los casos de corrupción, evasión impositiva, infracciones de tránsito o simples contravenciones.

Las conductas criminales de los individuos representan una problemática que ha adquirido una dimensión enorme que enferma a nuestras sociedades, desarrolladas o no. En EE. UU., el rápido crecimiento de los crímenes violentos desde la década del 30 explicó el interés que despertaba este tipo de análisis. Asimismo, como tras la Gran Depresión, la intervención y la regulación estatal se masificaron y penetraron en todos los ámbitos posibles de interacción económica y social, también crecieron en forma significativa las violaciones a la ley que constituyen conductas delictivas no violentas. En consecuencia, es de esperar que desde entonces este tipo de delitos haya crecido aún más que los clásicos delitos penales.

En efecto, en las complejas sociedades actuales el aparato jurídico es monumental y el Estado, por medio de esta complicada construcción jurídica, regula la mayor parte de nuestras actividades cotidianas, incluso de manera imperceptible. Así, no solo protege a las personas de violaciones a la propiedad y de actos violentos, sino que regula –entre muchísimos otros aspectos– la discriminación a las minorías, la utilización del suelo, las conductas monopólicas, los derechos de los consumidores, el medio ambiente, la información asimétrica y demás. De manera tal que podríamos afirmar que existen muy pocos ámbitos de la vida individual o colectiva que no se encuentran de alguna forma regulados por el orden jurídico. La judicialización de la vida cotidiana es una característica inevitable que acompaña el desarrollo de las sociedades.

De este modo, existen innumerables conductas violatorias de la ley: contravenciones como estacionar un automóvil en un lugar prohibido, construir unos metros más que lo permitido por la norma de planeamiento urbano de la ciudad, jugar a la quiniela clandestina, comprar

divisas fuera del circuito oficial, pescar sin permiso, entre otros ejemplos. Sin embargo, en los países emergentes, el análisis económico del derecho (AED) se concentra sobre las conductas delictivas relevantes por sus implicancias para el desarrollo, como la corrupción de la burocracia estatal y la evasión tributaria.

La tendencia a profundizar la urbanización y la globalización en el mundo han generado como subproducto indeseado el crecimiento generalizado de la delincuencia y el aumento exponencial de los costos asociados a controlarla y reprimirla. La globalización ha uniformado los objetivos de consumo de las familias de todo el planeta, pero no ha hecho lo mismo con los niveles de ingreso, sino todo lo contrario: ha aumentado la brecha entre los ingresos más altos y los más bajos y, con ello, creció también la distancia entre las aspiraciones materiales de los seres humanos y sus posibilidades. La urbanización, por su parte, incrementa exponencialmente la complejidad de la sociedad y los desafíos para disuadir las conductas delictivas, porque, así como existen ventajas de escala en la capacidad represora del Estado, también se generan grandes ventajas de escala en la organización delictiva en todas sus formas.

5. 2. Génesis del campo

El premio Nobel Gary Becker, con su artículo seminal de 1968, «Crimen y castigo», inició este campo del AED orientado al problema del delito. La premisa básica de su posición es que los individuos son racionales y deciden involucrarse en actividades criminales, comparando los beneficios esperados de estas con los esperados de las actividades legales.

En consecuencia, es menos tentador delinquir cuando los gobiernos aumentan la probabilidad de castigo –entendida no solo como la probabilidad de atrapar al criminal, sino también de condenarlo– y la severidad de las penas.¹ Por el contrario, mientras mejor funcione la economía, de modo que brinde buenas oportunidades laborales, disminuirá el crimen porque aumentará el costo de oportunidad de dedicarse al delito en lugar de a actividades legales, entonces mejor remuneradas. Puede pensarse en la criminalidad como cualquier otra actividad productiva conducida racionalmente, con la salvedad de que cualquier actividad productiva contribuye a mejorar el bienestar individual y social,

1 De acuerdo con datos del estudio de Mariela Balbo y Josefina Posadas (1998) relativo a la década del 90, aproximadamente un 50 % de los condenados sale de prisión en libertad condicional, apenas un 10 % cumple penas monetarias o inhabilitaciones y apenas poco más de un tercio de las condenas son cumplidas.

mientras que el delito no contribuye al bien común. Así, de la misma forma que un emprendedor decidirá no ingresar a un mercado si no es rentable, un criminal tampoco lo hará si el beneficio que le reporta no le recompensa de forma suficiente el riesgo asumido.

En consecuencia, no es necesario impedir los crímenes en su totalidad (lo que sería muy costoso), solo basta con transformarlos en negocios no rentables, haciendo cumplir el adagio inglés *crime doesn't pay* (el crimen no paga). El tratamiento del crimen deja así de ser una cuestión moral para pasar a ser económica. El AED intenta responder cuestiones tales como cuántos recursos deberían destinarse a hacer cumplir la ley para disuadir la criminalidad. No importa el pecado, sino el costo.

Si reducir a cero la tasa de criminalidad implica, por ejemplo, encarcelar a un 30% de la población, seguramente no valdrá la pena hacerlo. Incluso en muchas sociedades, sobre todo en aquellas de fuertes lazos familiares, no sería socialmente tolerado y conduciría a la rebelión y agitación social. Sin duda, eliminar todos los crímenes es un objetivo deseable, pero la decisión de hacerlo debe tener en cuenta el costo que implica, que incluye los económicos y sociales.

La existencia de la ley no garantiza su cumplimiento y tanto el Gobierno como los particulares deben destinar recursos a tres acciones: prevenir los delitos, atrapar a los delincuentes y condenarlos. Asimismo, la condena exige cierta gradación, para castigar en forma incremental y proporcional según la gravedad del delito.

Box
7

Robin Hood, los saqueos de pirámides y el bien común

El personaje de ficción conocido como Robin Hood retrata a un justiciero medieval que se hizo popular gracias a su rol como agente de redistribución del ingreso, ya que robaba a los ricos nobles y entregaba lo robado a los pobres. Si utilizamos el criterio de eficiencia de Pareto, la acción de Robin Hood definitivamente no contribuye al bien común porque sus aportes distributivos se hacen a costa de las riquezas de los nobles, encarnados en la ficción en la figura de Juan sin Tierra. Si aplicásemos criterios menos estrictos que el de Pareto, su aporte sería positivo, porque los ingresos redistribuidos permitirían aumentar el bienestar común, ya que los ricos no valorarán tanto sus pérdidas como los pobres sus ganancias.

De todos modos, en la medida que exista un Estado de derecho, cualquier distribución del ingreso que se haga al margen de la ley — como la que hizo Pablo Escobar Gaviria, intentando conseguir apoyo popular a través de la distribución de los ingresos del narcotráfico— no contribuye al bienestar, precisamente, porque es a costa de la ley. En

este sentido, resulta interesante recordar algunos párrafos de Platón en su obra *Critón*. Luego de su condena a muerte, algunos de los discípulos de Sócrates intentan convencerlo para que se fugue y, de hecho, ya habían organizado el escape para evitar el cumplimiento de la condena. Entre Sócrates y Critón se desarrolla el siguiente diálogo:

Si nosotros escapáramos de aquí sin haber convencido previamente a la ciudad, ¿nos portamos mal con alguien, y precisamente con quienes menos deberíamos, o no? ¿Permanecemos fieles a aquello que convinimos y que es justo o no? [...] Sigue pues este razonamiento. Si proyectando nosotros fugarnos de aquí o como haya que llamar a eso, se nos acercasen las leyes y los gobernantes de la ciudad y nos preguntasen: «Dinos Sócrates, qué piensas hacer. ¿Verdad que con lo que te propones llevar a cabo intentas destruirnos a nosotras, las leyes, y a la ciudad entera en la que está tu parte? [...] Veamos: nosotras te trajimos al mundo, te criamos y educamos, hicimos partícipes de todos los bienes de que nos fue posible a ti y a los demás ciudadanos y, no obstante, tenemos concedida licencia –y así lo advertimos– para que, después de alcanzar los derechos de ciudadanía y de conocernos a nosotras las leyes, y todo lo concerniente a la ciudad, pueda todo ateniense a quien no le agrademos marchar con sus cosas a donde quiera [...] Pero hay algo más: en el mismo proceso te era lícito proponer para ti la pena de destierro, si querías, y podías conseguir entonces con la anuencia de la ciudad lo que ahora intentas en contra de su voluntad; pero en aquella ocasión te vanagloriaste de no sentir disgusto porque hubieses de morir, y, según dijiste, preferías la muerte al destierro. Y he aquí que ahora no respetas aquellas palabras ni tienes miramiento alguno para con nosotras, las leyes, ya que tratas de aniquilarnos, y tu conducta es la que observaría el más vil esclavo, al tratar de fugarte con quebranto de los convenios y de los acuerdos conforme a los cuales te comprometiste a vivir». (pp. 76-79)

Cabe señalar que dos funciones básicas del Estado, la defensa del derecho de propiedad y la redistribución del ingreso, son funciones enfrentadas en cierta medida, porque redistribuir implica cobrar impuestos, lo que afecta el derecho de propiedad de los contribuyentes (el derecho a apropiarse de la totalidad de su producto, al menos). Pero el Estado puede cumplir este rol –esto es, violar legítimamente el derecho de propiedad– gracias a que la sociedad regula a través de la legislación tributaria cuál es la magnitud de esta vulneración al derecho de propiedad.

La legislación tributaria representa el acuerdo social respecto de la tasa de exacción colectivamente acordada. Debe notarse que el cumpli-

miento de la función redistributiva del Estado también viola el principio de eficiencia de Pareto, precisamente, porque genera una disminución en el bienestar de los contribuyentes –lo que demuestra las limitaciones que tiene este principio como criterio de asignación social: no es viable en ningún tipo de sociedad–. Cada sociedad establece un compromiso tácito en torno al nivel de redistribución que desea y puede afirmarse que, cuando el nivel de redistribución es inferior, el Estado pierde legitimidad (como Juan sin Tierra) y abre la puerta para que otras organizaciones (como la banda de Robin Hood) lo desafíen. De hecho, el origen de muchas organizaciones criminales, como la propia mafia siciliana, se halla precisamente en situaciones en las que el Estado existente carecía de legitimidad –por ser foráneo o explotador–, lo que dio lugar a la autoorganización espontánea de grupos, habitualmente familiares (de ahí la importancia de los lazos de sangre en la mafia) que, en defensa de su seguridad e intereses, terminaron creando estructuras pseudoestatales.

Por su parte, el delito de saqueo de tumbas, que tan lucrativo ha sido y sigue siendo en los lugares con valiosos restos funerarios, como Egipto, ha tenido en el pasado una función social que no es despreciable. Los faraones construyeron las pirámides no solo para satisfacer su megalomanía sino también para crear empleos (a la Keynes) durante las inundaciones del Nilo, cuando escaseaban los trabajos agrícolas. Pero cada faraón tenía que acumular riquezas para llenar su mausoleo, y este oro debía conseguirse de algún modo. En una sociedad con un monarca ávido de oro y con tanto de ese metal precioso depositado en las tumbas, la función social de los saqueadores de tumbas era precisamente la de distribuir intergeneracionalmente esa riqueza depositada en las tumbas, aliviando la presión recaudatoria sobre cada generación.

5.3. ¿Qué es un delito?

Nuestro código penal no tiene una definición de delito, pero la doctrina lo ha definido de manera unánime como la conducta típicamente anti-jurídica y culpable. De allí podemos extraer los elementos esenciales que hacen a la existencia de un delito:

- Debe ocurrir, para que a su vez se constituya un delito, un hecho que se exteriorice mediante una conducta humana.
- No existen delitos ni penas si no están expresamente establecidos en la ley penal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) según el art. 18 de la CN.
- Requiere de la tipicidad, que implica la regulación taxativa de las conductas determinadas como delito y su pena específica, mediante la ley.

- A los efectos de limitar el poder punitivo del Estado, es indispensable que la norma que tipifique el delito determine también el bien jurídico protegido, de manera que exprese el daño o la ofensa que la conducta antijurídica provoca con respecto al bien tutelado.
- La norma que tipifica la conducta delictiva debe ser previa al hecho y, en su caso, en materia penal se encuentra expresamente prohibida la analogía para incorporar conductas dentro del tipo penal que no estén expresamente determinadas, es decir, la analogía no puede ser fuente de delitos ni de penas.

Desde otro punto de vista, podemos observar que la responsabilidad jurídica se sustenta en la posibilidad de elección. El hombre elige en cada momento qué hacer, qué conducta asumir. Sobre esta posibilidad de elección se construye el concepto de responsabilidad. Si no es posible elegir entre alternativas, no existe responsabilidad jurídica alguna. Nadie resulta ser responsable de envejecer o de enfermarse, ya que en estas situaciones no es posible elegir, simplemente envejecemos y, a veces, enfermamos. Pero alguien que estaciona en un lugar prohibido es responsable de esa conducta porque pudo haber elegido no estacionar allí. Lo mismo ocurre con aquel que mata o comete un acto de corrupción, porque pudo haber elegido no hacerlo.

Todo ello es corolario de lo que establece el art. 18 de la Constitución Nacional que dispone:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Uno de los argumentos esgrimidos por la defensa de los oficiales y suboficiales acusados de perpetrar delitos de lesa humanidad durante la dictadura militar de 1976-1983 fue que estos no eran libres de elegir. Argumentaron que las instituciones militares de todo el planeta tienen una estructura vertical y autocrática de obediencia a los superiores, por la sencilla razón de que este tipo de conducción es militarmente más eficiente que la descentralizada o democrática; por ejemplo, ante un ataque, la república de Roma delegaba toda la autoridad en una sola persona—Julio César fue uno de ellos—. En otras palabras, estos militares no eran libres de elegir ni de objetar las órdenes de sus superiores porque podrían ser culpables de las figuras del desacato, insubordinación o desobediencia que rigen en el código militar (ley exclusiva del ámbito castrense).

Un famoso experimento social conducido en 1961 por Stanley Milgram arroja sombras y luces sobre la responsabilidad humana. El experimento convocaba a los participantes haciéndoles creer que se trataba de una investigación sobre el aprendizaje, aunque en realidad examinaba la obediencia. Involucraba dos actores: un estudiante que estaba aislado en una habitación y un investigador, quien, vestido de bata blanca (como representación de la autoridad científica), conducía el supuesto experimento ordenándole a un tercer participante (el sujeto real del experimento) aplicar una descarga eléctrica sobre el estudiante cuando este cometía un error. El estudiante-actor simulaba recibir cuatro niveles de descargas y, antes del nivel máximo—una descarga masiva de 450 voltios—, reclamaba su liberación enfáticamente. Antes de realizar el experimento, Milgram encuestó a sus colegas de la Universidad de Yale sobre los resultados que preveían para el experimento y halló que, según estos, menos del 1% de los participantes aplicaría la descarga máxima. Los resultados reales fueron sorprendentes. El 65% de los participantes aplicó la descarga máxima y ninguno de los que se rehusaron fue a chequear el estado de salud del estudiante ni exigió que se concluyese el experimento.

Hay varias teorías que intentan explicar este lamentable comportamiento de la conducta humana que induce a los individuos a pensar que no son responsables de sus actos. Una de las explicaciones apunta a que, cuando los individuos no tienen habilidad para tomar decisiones, simplemente la delegan en el grupo al que pertenecen y a su orden jerárquico. Según el propio Milgram: «la esencia de la obediencia consiste en el hecho de que una persona llega a verse a sí mismo como el instrumento para llevar adelante los deseos de otro, y es entonces cuando no se sienten responsables de sus propios actos» (Milgram y Gudehus, 1978, p. 2, la traducción es de los autores).

De todos modos, todo este razonamiento que explica la facilidad con que la idea de autoridad coloniza al ser humano no constituye un atenuante en los casos de delitos de lesa humanidad por varios motivos. En particular, porque en el experimento de Milgram se les aseguraba a los participantes que la descarga solo generaba dolor y ningún daño físico, mientras que los genocidas eran conscientes del daño que infligían. Además, todos los participantes experimentaron algún grado de angustia por lo que creían estar haciendo y en ningún caso experimentaron placer, ni estaban inspirados por odio racial o político y, finalmente, por la corta duración del experimento, no tuvieron la oportunidad de hacer una reflexión sobre su conducta.

5. 4. La conducta y la gravedad del daño

Podemos organizar una escala de actos potencialmente perjudiciales de menor a mayor como en la figura 5. 1.

Figura 5. 1. Escalas de conducta, culpa y gravedad



		ML		CD	
Conducta:	Prudente		Negligente Leve Temeraria		Intencional Cruel
Responsabilidad:	Libre de culpa		Falta Culpa negligente		Culpa criminal
Probabilidad de daño:	0% muy baja		Baja Alta		Muy alta 100%

Un individuo con un comportamiento prudente no adopta conductas peligrosas y es poco probable que perjudique a los demás, por lo tanto, está libre de responsabilidad. A medida que empeora la conducta, se alcanza la línea vertical que representa el estándar mínimo legal (ML) y, a partir de ahí, quienes asuman menor cautela que el mínimo legal serán negligentes, con distintos niveles de gravedad. A medida que aumenta la negligencia, aumenta la probabilidad de generar mayores daños y también la responsabilidad y la culpa. El individuo será más negligente mientras más se distancie del ML y en un extremo alcanzará la culpa negligente. Luego alcanzamos el punto en el que se separan las faltas o contravenciones –que castigan la conducta negligente– de la conducta

delictiva (CD). El crimen es más que una conducta muy negligente, requiere la intencionalidad de provocar daño (dolo). Podríamos también hacer una gradación de la conducta criminal y la crueldad representa el caso extremo de disfrutar del dolor ajeno o actuar con saña. Existe entonces un continuo de *locus* de gradación en la evaluación moral del delito que está relacionado con la certidumbre del daño, es decir, la gravedad de la falta.

El AED en el área correspondiente al derecho penal, no solo analiza la conducta criminal que implica dolo sino también la negligente, que denominamos culposa. Esta se presenta en aquellas situaciones en las que el daño ocurre, pero sin intención, sino como resultado de actuar con negligencia, impericia, imprudencia. Es decir, para aclarar cuestiones semánticas, el contenido de este capítulo involucra la conducta negligente y la criminal o, dicho en nuestro lenguaje cotidiano, abarca tanto los delitos culposos como los dolosos.

5.5. Naturaleza del perjuicio

Otro aspecto necesario para que una conducta sea delictiva es el de la naturaleza del perjuicio. En efecto, en el campo del derecho de daños –cuando se involucran accidentes que solo tienen consecuencias sobre el patrimonio– el perjuicio es privado, mientras que en el área del derecho penal, el daño es público. Por eso quien inicia la acción penal es el fiscal, que representa al pueblo, no el titular del derecho a indemnización, que en un caso de accidente sería la víctima. Un crimen afecta la paz y seguridad pública, que son bienes públicos puros.²

Esta idea nos lleva al concepto de acción penal, que no es otra cosa que poner en movimiento el poder punitivo del Estado mediante la sustanciación de un proceso penal ante la comisión de un delito, con el objeto de sancionar al actor de la conducta antijurídica.

El origen de la acción penal se encuentra en el momento histórico en que el Estado se atribuyó y asumió el rol de garante de la paz y la seguridad pública con el objeto, entre otros, de evitar el ejercicio de la venganza

2 La definición de *bienes públicos* es que sean no rivales, es decir que el consumo de uno no implique que otro no lo pueda consumir, y no excluyentes, en el sentido de que no pueda excluirse a alguien de su disfrute como, por ejemplo, la iluminación pública. Así, no hay rivalidad entre quienes disfrutan de la paz y de la seguridad y tampoco es fácil excluir a alguien de su disfrute.

particular y de la autodefensa, representada por la ley del talión.³ Así, se hizo titular del monopolio del uso de la fuerza, ya que la comisión de un delito no solo afecta a la víctima sino a la comunidad en su conjunto. En consecuencia, por ser responsabilidad primaria y esencial del Estado el mantenimiento de la paz y la seguridad, este asume la titularidad de la acción penal para perseguir, con independencia de la voluntad de la víctima, el castigo del culpable ante la comisión de un delito.

Caso ejemplo: un narcotraficante vende droga a un consumidor y un policía los arresta a ambos. El narcotraficante alega que el intercambio fue voluntario. Es un caso de crimen sin víctima, como el juego clandestino. Pero de hecho, hay un perjudicado, una víctima, que es la sociedad. Naturalmente, este tipo de crímenes varía de modo significativo dependiendo del espíritu de los tiempos y las culturas. Por ejemplo, la venta de alcohol durante la Ley Seca en EE. UU. o el uso de ciertas vestimentas que indicaban un estatus superior durante el Medioevo (*sumptuary laws*) eran considerados delitos, pero hoy no lo son; mientras que la homosexualidad, el adulterio o la prostitución aún son considerados crímenes en algunas culturas.

Otro de los elementos de un crimen es su consecuencia: quien lo comete tiene cierta probabilidad de ser castigado. El castigo puede tomar varias formas, como pérdida de la libertad (prisión), pérdida de la movilidad (libertad condicional) o una multa punitiva que supere la compensación. En algunos casos muy graves, el castigo podría llegar a ser la pena de muerte, que se aplica en países como EE. UU. y China, entre otros.

El castigo penal es muy diferente del civil. En efecto, el castigo en un proceso civil pretende compensar a quién sufrió el daño a costa de quien lo provocó; el castigo penal pretende afectar al autor de la conducta delictiva sin necesidad de compensar a la víctima. Son dos asuntos diferentes y es habitual que se establezcan dos demandas, la civil y la penal: la primera, para compensar a la víctima y la segunda, impulsada por el ministerio público fiscal, para garantizar la seguridad. Por ejemplo, supongamos que un agente de policía manipula su arma en la comisaría junto a una ventana que da a la calle, se dispara accidentalmente un tiro y hiere a un transeúnte que pasaba por la vereda. Habrá de esta situación dos acciones: una

3 La ley del talión fue un primer intento de las comunidades humanas para establecer un límite al ejercicio de la venganza particular, manifestando en su más conocida expresión «ojo por ojo, diente por diente». Con esta norma se buscó adecuar proporcionalmente el daño con la reparación pretendida, lo que implica un primer esbozo del concepto de justicia retributiva, que requiere cierta proporcionalidad entre el crimen y el castigo.

penal, por lesiones culposas, que persigue la sanción del agente, y la otra civil, que pretende la reparación particular del daño sufrido.

Como ejemplo, A es acusado criminalmente por matar en un accidente a B. A le reclama al juez que en el juicio civil compensó satisfactoriamente a los herederos del damnificado, que así lo testimonian. De acuerdo a lo señalado arriba, el fiscal no puede sobreseer el caso porque la sociedad también es la víctima. Como ya hemos dicho, el proceso penal no pretende la satisfacción de la víctima sino el castigo al culpable, habida cuenta de que el titular de la acción penal es la comunidad, en cabeza del Estado como garante y asegurador primario de la paz y la seguridad.

El cuarto elemento que tipifica un delito es el estándar de la prueba requerido por la ley. La carga de la prueba le corresponde al acusador, que no es otro que el titular de la acción penal; es su deber probar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad. El acusado, por defecto, es considerado inocente. Del art. 18 de la CN puede extraerse el principio de que todos somos inocentes hasta que se pruebe lo contrario en el ámbito de un proceso penal, rodeado de las garantías propias del debido proceso.

Otra característica del derecho penal es la tipicidad, en el sentido de que solo pueden ser sancionadas las conductas tipificadas como delitos por las normas legales. En consecuencia, no pueden castigarse delitos que no estén tipificados en la ley penal.

Así, las cuatro características de un delito son: la culpa (negligencia, impericia, imprudencia) o dolo (intencionalidad); la tipicidad (la adecuación de la conducta voluntaria ejecutada por una persona al tipo penal, que es la descripción de una acción u omisión calificada como delito por la ley) y, finalmente, la presunción de inocencia (prueba más allá de la duda), conforme al principio establecido en el art. 18 de la CN. Vale aclarar que hay delitos que no requieren intencionalidad, por ejemplo, un accidente de tránsito.

El aumento de la complejidad en la sociedad humana durante el siglo xx y lo que va del XXI ha sido acompañado por un conjunto creciente de regulaciones que supone un incremento en el número de crímenes que no requieren intencionalidad dolosa para ser considerados como tales. Son ejemplos comunes las violaciones a los códigos de edificación, adulteración sin intención de alimentos, venta de medicamentos sin conocer ni advertir sobre sus efectos secundarios, entre otros. Estos casos suceden por ignorancia, imprudencia o, incluso, negligencia de las reglamentaciones, y en la literatura anglosajona son denominados *strict liability crimes*, es decir, crímenes sin intencionalidad.

5. 6. Los delitos y las personas jurídicas

Otro de los aspectos relevantes que acompaña este avance hacia la complejidad humana es el caso de la responsabilidad penal de las empresas. ¿Las empresas pueden tener una intencionalidad criminal? Obviamente, atribuir a una persona jurídica la comisión de delitos resulta una cuestión compleja. Así, no resulta razonable ni lógico argumentar que ellas pueden cometer un homicidio o una violación, tampoco es posible pensar en la posibilidad de sancionarlas con penas privativas de la libertad. Esta circunstancia se manifiesta como una limitación u obstáculo para que puedan ser sancionadas criminalmente por actos o conductas que, sin duda, serían castigadas si fueran llevadas a cabo por personas naturales. En EE. UU. hubo intentos judiciales por procesar a las corporaciones por actos que requieren la intencionalidad criminal (por ejemplo, el famoso caso del Ford Pinto).⁴ Pero en general, la legislación es bastante benévola con la responsabilidad penal de las corporaciones, o al menos parece serlo.

El siguiente artículo de Dean Baker, publicado en la revista *Sin Permiso*, permite tener una dimensión apropiada del problema y la legislación estadounidense. ¿Qué responsabilidad le cabe a la empresa en el delito? ¿Solamente habría que castigar a los directivos directamente responsables?

Box
9

Tratar la irresponsabilidad de las corporaciones igual que la del conductor ebrio

Aunque British Petroleum (BP) ha recibido algunas críticas sobre el derrame que provocó en el Golfo de México, es notable cuán limitado es el enojo en realidad. Muchos defensores de la empresa han señalado un punto obvio: fue un accidente. BP no buscó provocar el vertido masivo de crudo que mató a 11 personas, devastó el ecosistema del Golfo y amenazó los medios de subsistencia de cientos de miles de trabajadores. Obviamente esto es cierto, pero también es verdad que cuando un conductor ebrio comanda un autobús escolar no es su inten-

4 El vehículo Ford Pinto, lanzado por la empresa Ford en 1971, tenía varios fallos de seguridad en su diseño que provocaban el estallido del tanque de combustible en choques de baja intensidad. Ford fue acusado por un damnificado, Richard Grimshaw, quien no solo consiguió demostrar los defectos de diseño del vehículo sino que también consiguió demostrar, con base en el testimonio de un exingeniero de Ford, que la compañía conocía el defecto. Asimismo que, orientados por un cálculo costo-beneficio, prefirió enfrentar el costo incierto de un resultado judicial adverso en lugar de asumir el costo de modificar los automóviles afectados en circulación.

ción verse implicado en un choque de consecuencias fatídicas. Como sociedad, no nos vemos en problemas para señalar al conductor borracho como responsable por las predecibles consecuencias de su temeridad. Conducir mientras se está ebrio incrementa sustancialmente el riesgo de accidentes. Y esta es la razón por la que se le castiga con severidad. Una persona que es responsable de un accidente fatal mientras conduce en estado de ebriedad sabe que se enfrenta a muchos años de prisión. Asimismo, quien conduce borracho sin haber ocasionado ningún accidente a menudo sufre también un tiempo en la cárcel, por el riesgo que impone a los demás.

Esto eleva la cuestión sobre por qué la opinión pública parece aceptar que los principales directivos de BP, quienes economizan a costa de la salud humana y del medioambiente, y hacen jugadas riesgosas en sus proyectos de perforación, deben tener «sus vidas de vuelta», como manifestó el presidente de BP, Tony Hayward. La gente que perdió sus medios de subsistencia como resultado del derrame provocado por BP no ha visto devueltas sus vidas, ni siquiera BP les ha pagado alguna compensación. Ciertamente, a los 11 trabajadores muertos en la explosión original nadie les devolverá sus vidas. ¿Por qué deberían los responsables de este daño poder reanudar sus vidas de lujo?

Hay dos cuestiones diferentes en este planteo. La primera es un detalle jurídico respecto a en qué medida Hayward y otros ejecutivos de alto nivel pueden ser penalmente responsabilizados por el accidente. Podría darse el caso de que se redacten leyes para que aun en el caso de que las empresas cometan flagrantes negligencias que generen grandes daños, incluyendo múltiples muertes, sus directivos no sean criminalmente responsables. Este es un interrogante sobre el estado de la legislación actual.

La segunda cuestión es de tipo moral y económico sobre lo que las leyes deberían apuntar a ser. Desde ambos puntos de vista, es muy difícil ver por qué deberíamos decir que el comportamiento temerario, que sería castigado con largas sentencias de prisión si proviene de un individuo, de algún modo escapa a sanciones serias si el mismo sujeto está enmarcado en la búsqueda de beneficios empresariales. ¿Estamos otorgando una licencia «libre de cárcel» a la gente que usa el sombrero de directivo de una corporación? Esto carece de sentido.

Solo por tomar el caso extremo, supongamos que Tony Hayward regresaba velozmente a su despacho luego de un almuerzo regado con tres Martini para preparar un documento relativo al jugoso contrato que acaba de negociar. En el camino, choca contra un autobús escolar y mata a 11 niños. ¿Tendría sentido absolverlo de su culpabilidad por estas muertes porque fueron consecuencia de su esfuerzo por incrementar

los beneficios de BP? Y, si esto no tiene sentido alguno, ¿por qué debería tenerlo la absolución de la responsabilidad por las muertes de 11 trabajadores de la perforación petrolera que fueron resultado directo de su decisión de economizar gastos para incrementar ganancias?

Podemos hacer la misma pregunta sobre la responsabilidad de los altos ejecutivos de Massey Energy Company, cuyas medidas de seguridad insuficientes causaron la explosión que costó la vida de 29 trabajadores. También deberíamos preguntar por qué los altos ejecutivos de la Utah American Energy Company no estuvieron sujetos a un proceso judicial criminal cuando su imprudencia condujo a la muerte de 6 mineros y 3 rescatadores en el derrumbe de una mina en 2007. En estos casos y muchos otros el problema no fue simple mala suerte. En los tres casos, los accidentes fueron un resultado directo de su actuación imprudente por parte de la administración de estas empresas. Ignoraron por completo las medidas de seguridad habituales con el objeto de ahorrar dinero.

Obviamente, la mayoría de los actos de imprudencia no terminan en fatalidades, así como la gran mayoría de incidentes de conducción bajo los efectos del alcohol no acaban en choques fatales. De todos modos, cuando son atrapados, debemos castigar a los conductores ebrios por su imprudencia. Los ejecutivos de las principales compañías petroleras cuyos planes de limpieza para el Golfo de México implican procedimientos para rescatar morsas encontrarían el asunto menos divertido si implicara algún tiempo en prisión. ¿Existe alguna razón por la que no debería implicarlo?

La imputación de delitos a una persona jurídica ha generado una muy antigua discusión. En principio, se entiende que una persona jurídica no puede ser penalmente responsable en razón de su propia imposibilidad natural de cometer delitos por sí misma, ya que el delito presupone necesariamente la existencia de una conducta humana, tal como lo expresa el juez Eugenio Raúl Zafaroni, porque se configura exclusivamente frente a una acción o una omisión, de acuerdo con el principio *nullum crimen, nulla poena sine actione o sine conducta* (no hay crimen sin conducta), que implica que el delito debe consistir en un acto, hecho u omisión de la conducta del hombre que, además, trasciende la mera subjetividad de la persona que actúa para proyectarse en la realidad que lo circunda. Este principio tiene jerarquía constitucional (conf. art. 18 CN).⁵ De ello se desprende el adagio latino que expresa: *societas delinquere non potest* (las personas jurídicas no pueden cometer delitos). Esta ha sido la posición dominante.

5 Cuando el art. 18 habla del *hecho del proceso* debe entenderse como conducta humana, en el mismo sentido corresponde leer la expresión *acciones* del art. 19.

Con respecto a la responsabilidad civil, que debe diferenciarse claramente de la responsabilidad penal, el derogado Código Civil establecía, en el art. 43: «Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas».

En la nota al citado artículo, Vélez dice:

La cuestión de si las personas jurídicas pueden o no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida [...] El derecho criminal considera al hombre natural, es decir a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de ese carácter [...] La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción son considerados como sus determinaciones propias [...] Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin el delito. Si, pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer a la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado.

El Código Civil y Comercial mantiene la misma concepción y dispone, en el art. 1.763, que las personas jurídicas responden por los daños que causen los que las dirigen o administren, en el ejercicio y la ocasión de sus funciones.

Sin embargo, volviendo a la responsabilidad penal, en nuestros días la doctrina dominante se orienta hacia la postura de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con ello se amplían los conceptos de *conducta*, *acción* u *omisión* ya que, si bien es lógico concluir que la persona jurídica no puede cometer un homicidio o una violación, es absolutamente razonable considerar que una persona jurídica puede ser responsable penalmente por la comisión de delitos como la evasión impositiva, la estafa, el contrabando o la contaminación. En estos casos, la pena deberá ajustarse al tipo de sanción que naturalmente puede cumplir una persona ficticia, ya que resulta absurdo pretender que cumpla una pena privativa de la libertad. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales que eventualmente puedan achacarse a sus directivos por sus propias conductas, actos u omisiones.

De todos modos, en el derecho positivo argentino se ha impuesto el principio citado de *societas delinquere non potest*. Además, debe tenerse en cuenta la limitación expresa que surge del artículo 5, inciso 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos: «La pena no puede trascender de la persona del delincuente», que –en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22, de la CN– tiene rango constitucional.

Sea como fuere, nuestro derecho positivo ha determinado por vía de normas específicas la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nos detenemos en algunas de ellas.

La Ley 20.680, más conocida como ley de abastecimiento, fue promulgada en 1974 durante el Gobierno de Juan Domingo Perón y garantiza al Poder Ejecutivo, por un lapso de 180 días, el efectivo control sobre cualquier bien o servicio, permitiéndole imponer precios y márgenes de utilidad. Establece en el art. 8:

Cuando las infracciones que se penan en esta Ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado. Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades que no hubieren participado en la comisión de los hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles –cuando se les probare grave negligencia al respecto– de las sanciones previstas en el artículo 5º, incisos a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer.

En esta norma se observa con absoluta nitidez que el legislador le otorgó carácter de parte en el proceso penal a la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales involucradas, ni de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar.

El Código Aduanero (Ley 22.415), en el art. 888, dispone:

Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquella por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren que a la fecha de la

comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición.

La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, en su art. 47, dispone:

Las personas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aún cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz.

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor describe qué es la relación de consumo y la define como la relación jurídica que se constituye entre el consumidor y el proveedor (conf. art. 3). En este vínculo está, por un lado, el consumidor. Se consideran tal a toda persona física o jurídica que utiliza bienes o servicios tanto en forma gratuita como onerosa, siendo el destinatario final él o su grupo familiar. Por la otra parte se encuentra el proveedor, descrito en el art. 2, que dispone:

Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

El proveedor, entonces, es tanto una persona física como jurídica. Y ambas se encuentran sujetos a las sanciones, tanto de naturaleza civil, por los daños producidos, como de naturaleza penal, por las infracciones verificadas.

Las indemnizaciones por daños (naturaleza civil) se encuentran reguladas en el Capítulo X de la ley citada, que dispone en los siguientes artículos:

Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Artículo 40 bis. Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Las sanciones por las infracciones a la ley se encuentran establecidas en el art. 47, que dice:

Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

- a) Apercibimiento.
- b) Multa de PESOS CIEN (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5 000 000).
- c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción.
- d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta TREINTA (30) días.
- e) Suspensión de hasta CINCO (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado.
- f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

Otro ámbito jurídico en el que tuvo gran impulso esta convicción se encuentra en el extraordinario desarrollo que adquirió en las últimas décadas el derecho al ambiente sano. Este derecho fue incluido en la Constitución Nacional, en la reforma de 1994, en el art. 41 que dice:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Se observa claramente el esfuerzo legislativo orientado a garantizar el derecho reconocido y, en consecuencia, a sancionar a todas aquellas personas, tanto jurídicas como naturales, que con su actuación afecten la aptitud del ambiente para el desarrollo humano de las generaciones presentes como de las futuras, incorporando en sus normas la responsabilidad intergeneracional.

Solo a manera de ejemplo, nos detenemos en la Ley 25.670, que regula la gestión y eliminación de los materiales PCB.⁶ En ella se disponen los presupuestos mínimos referidos a la gestión y eliminación de los PCB, en el sentido de lo dispuesto en el art. 41 de la CN, para la protección ambiental.

En el art. 3 define al poseedor del PCB en los siguientes términos: es la persona física o jurídica, pública o privada, que esté en posesión de PCB, PCB usados o de aparatos que los contengan. El poseedor, es decir una persona física o jurídica, es el responsable de la gestión y eliminación de estos materiales. La norma establece sanciones para el caso de incumplimiento y, obviamente, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que los eventuales damnificados puedan plantear, e igualmente las acciones penales que puedan corresponder a cada individuo que actuó. La sanción que se establece es independiente de la existencia de algún damnificado, porque esta se materializa por el incumplimiento de lo dispuesto en la ley. Dichas sanciones están reguladas en el art. 21 que dispone:

Las infracciones a la presente ley, así como a su reglamentación y normas complementarias, serán reprimidas por la autoridad de aplicación local, previo sumario que asegure el derecho de defensa y la valoración de la naturaleza de la infracción y el perjuicio causado, con las siguientes sanciones, que podrán ser acumulativas:

- a) apercibimiento;
- b) multa desde 10 (diez) sueldos mínimos de la categoría básica inicial de la administración pública nacional hasta 1000 (un mil) veces ese valor;
- c) inhabilitación por tiempo determinado;
- d) clausura;
- e) la aplicación de estas sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal imputable al infractor.

Los mínimos y máximos establecidos en el inciso b) podrán duplicarse en el caso de reincidentes.

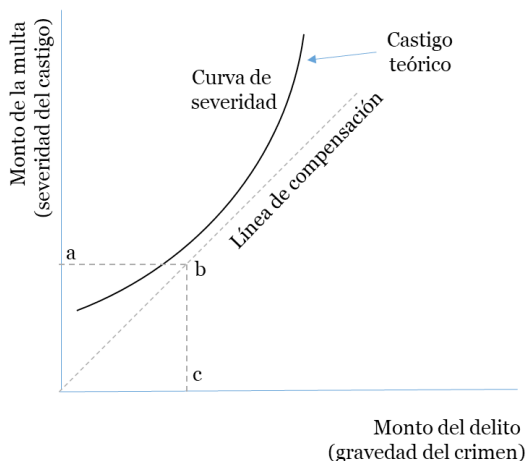
6 PCB: material tóxico; policlorobifenilos.

5.7. Teoría económica del crimen

Al igual que en la teoría económica, un presupuesto del análisis que sigue a continuación es que los agentes, en este caso, los delincuentes, son agentes racionales (¿qué sucede si no lo son?).

Para apoyar la exposición, utilizamos a continuación un ejemplo basado en un delito económico, motivado por propósitos materiales, aunque la argumentación se extiende sin grandes dificultades a otros tipos de delitos. Estos últimos pueden ser categorizados de acuerdo a su gravedad y los castigos, por su severidad. La escala de castigos es tal que mientras más graves sean los crímenes, más severos serán los castigos.

Figura 5.2. Relación gravedad del crimen-severidad del castigo



En el eje horizontal de la figura 5.2 se muestra la gravedad del crimen y en el vertical, la severidad del castigo. En un delito económico, por ejemplo, malversación, la métrica del eje horizontal es el monto implicado en la estafa, mientras que la métrica de la severidad es la cuantía de la multa. La curva de castigo es exponencial por lo que muestra que la severidad de los castigos crece proporcionalmente con la gravedad. Esta curva refleja que habitualmente las penalizaciones no son proporciones continuas vinculadas al delito, sino que existen umbrales a partir de los cuales se agrava el castigo. En primer lugar, nótese que siempre el valor de la multa es superior al de la malversación. La curva de compensación es la bisectriz de 45° (línea punteada) que separa el área en dos partes iguales. Cualquier punto

sobre esta curva indica que la severidad del castigo compensa exactamente la gravedad del delito. Cualquier punto sobre el eje horizontal –como a , proyectado sobre la línea de compensación y luego sobre el eje vertical– nos dará un segmento de igual longitud: $ab=bc$. En términos monetarios, la curva señala los puntos en los que la multa es igual al monto producido por el delito.

La curva de severidad se ubica por encima de la curva de compensación, reflejando que la severidad debe ser mayor al daño provocado para disuadir la conducta porque, cuando se trata de un delito, no es suficiente con compensar el daño, sino que, además, es necesario disuadirlo, y esto se consigue logrando que el castigo sea mayor que el producto de la malversación. Obsérvese que esta curva cruza por encima el eje vertical en un valor superior a cero, indicando la presencia de castigos ante la inexistencia de gravedad, lo que ilustra la existencia de casos mal fallados, con inocentes hallados culpables.

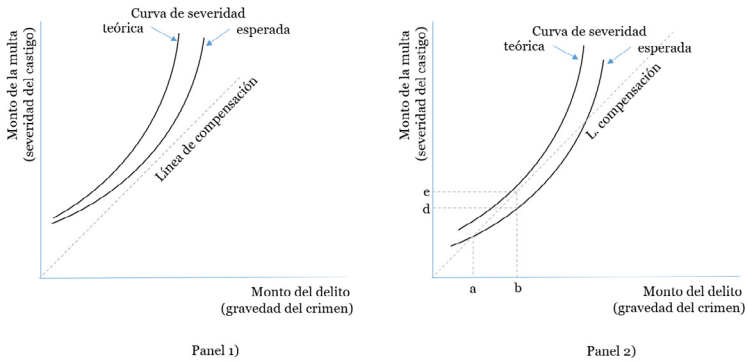
De todos modos, un delincuente racional no solo tendrá en cuenta la gravedad de la multa –es decir, el castigo teórico– sino también la probabilidad de que sea atrapado y, dado el caso, de que sea condenado. En la figura 5.3 incorporamos otra curva que representa la severidad esperada del castigo, por debajo de la curva de severidad teórica, esto refleja que la probabilidad de atrapar y condenar al criminal es inferior a la unidad.

Gary S. Becker propuso que, si bien existe un porcentaje de ciudadanos estrictamente morales que bajo ningún concepto cometería un crimen y otro porcentaje de personas que independientemente de cuál sea el castigo esperado, de todos modos, cometería el crimen, para el resto su conducta dependerá de los incentivos. El primer grupo está compuesto por personas de moral estricta, el segundo, por individuos de una amoralidad irracional y el tercero, por individuos amorales racionales. Es para este tipo de individuos para los que nuestro análisis tiene sentido.

Veamos cómo especula este ciudadano amoral y racional que es objeto de nuestro análisis: en primer lugar, comparará el pago que le genera cada nivel de malversación con los costos esperados. El beneficio neto esperado de la malversación es la diferencia entre ambos y, cuando sea positiva, cometerá el delito.

De todos modos, la penalización no es cierta, es probable. La ley puede interpretarse como una variable aleatoria, con un valor esperado, en el sentido de que la aplicación de un castigo es incierta y depende de la probabilidad de que sea implementada, que es menor o igual a la unidad. El delincuente puede no ser atrapado y, si lo es, puede no ser condenado. Por supuesto, nuestro delincuente amoral y racional tiene en cuenta este hecho. Es decir, calcula el valor esperado del crimen descontando la probabilidad de ser atrapado y condenado.

Figura 5.3. Distintas curvas de severidad esperada



En la figura 5.3, notamos que la línea del castigo esperado es inferior a la del castigo teórico, debido a que la probabilidad de que sea atrapado y condenado es menor a la unidad. De este modo, nuestro delincuente amoral y racional solo cometerá el crimen si observa que el retorno producido por el delito supera el castigo esperado (el castigo teórico ajustado por la probabilidad de ser atrapado y condenado).

En el panel 1 de la figura 5.3, la curva de castigo esperado siempre se ubica por encima de la línea de compensación, por lo tanto, delinquir no sería racional. En cambio, de acuerdo con el caso mostrado en el panel 2, para ciertos niveles de gravedad, delinquir sería racional.

La gravedad del crimen se ubicará entre baja (*a*) y muy grave (*c*), los dos puntos en los que se corta la curva de castigo esperado con la línea de compensación. El panel 2 muestra una curva de castigo esperado en la que solamente disuade de cometer delitos muy poco graves y delitos muy graves. También muestra el contraste entre la línea de severidad teórica y la línea de severidad esperada: una estrictamente por encima de la línea de compensación y la otra, en gran medida, por debajo. Así, podemos utilizar la curva de compensación para contrastar gráficamente el retorno efectivo del delito. A partir del punto *b*, sobre el eje horizontal castigo, la proyección en vertical sobre la curva diagonal de compensación, nos informa cuál es el producido del delito (segmento *be*), mientras que la proyección sobre la curva de castigo esperado informa el costo esperado (segmento *bd*). En este caso, la diferencia entre los dos segmentos señala que la gravedad de delito *b* permite generar un resultado neto equivalente a la diferencia ($be - bd = ed$).

En términos matemáticos:

- Siendo x la gravedad del delito, medida por el monto comprometido (el análisis puede extenderse sin grandes problemas a delitos no monetarios).
- El castigo es fc , que será proporcional a la gravedad x [$fc = f(x)$].
- La probabilidad de ser condenado es $p = p(x)$.

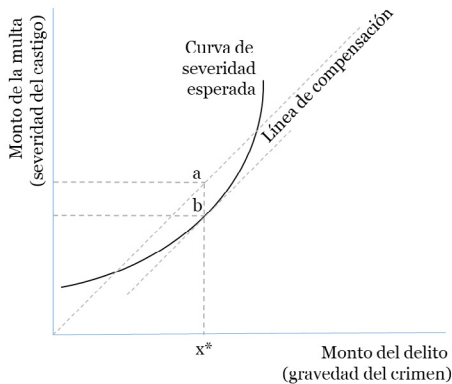
Así, el castigo esperado será el producto de la gravedad por su probabilidad: $p(x) \cdot f(x)$. Nuestro criminal, elige una gravedad del delito x tal que maximice su retorno neto, maximizando la siguiente función:

$$\max x = p(x) \cdot f(x)$$

El formato de la curva exponencial se debe a que la probabilidad de castigo crece con la gravedad de la ofensa, lo que significa adoptar el supuesto realista de que la sociedad persigue con más perseverancia los delitos más graves.

La maximización matemática permitiría alcanzar un punto óptimo (x^*), en el que el retorno de cada peso obtenido al delinquir se iguala a la derivada de $p(x) \cdot f(x)$, que es la curva de severidad esperada. Esto es, cuando: $1 = p' \cdot f + p \cdot f'$, en el que el miembro izquierdo de la igualdad representa el retorno marginal de \$ 1 y el de la derecha representa el castigo marginal esperado. Al igualar el beneficio marginal con el costo marginal (expresado en términos de castigo teórico por su probabilidad marginal), nuestro amoral irracional define su óptimo de gravedad de delito.

Figura 5. 4. Severidad esperada y análisis racional del delito óptimo



En el mundo real, los premios y castigos vinculados al delito no siempre están expresados en metálico como en los ejemplos utilizados. Para muchos delincuentes, el retorno no necesariamente implica el dinero recaudado y pueden importarle asuntos tales como su buena reputación como maleante, por ejemplo. Por su parte, la justicia también ordena los castigos según la gravedad, que pueden variar entre multas, prisión, libertad condicional, entre muchos otros mecanismos de castigo que existen en los diferentes sistemas legales. De todos modos, estos gráficos sencillos permiten analizar sintéticamente las opciones a las que se enfrentan los delincuentes racionales, aunque vale aclarar que no representan fielmente los matices de premios y castigos reales, especialmente cuando los castigos no son monetarios.

5.7.1. ¿El castigo desalienta el crimen?

La proposición de que la actividad delictiva responde a los riesgos y beneficios involucrados se llama la hipótesis de la disuasión (*deterrence hypothesis*) y es una aplicación de la teoría de la demanda a la justicia criminal. El crimen disminuye cuando el castigo esperado sube, de la misma forma que la demanda cae si el precio sube. Si bien esta tesis no tiene un consenso absoluto, el grueso de la discusión se centra en cuán importante es la reacción, o cuán elástica es la respuesta del crimen, a la variación en el castigo esperado. Entonces, para quienes sostienen la hipótesis de la disuasión, la respuesta a los incentivos en forma de castigos creados por la justicia criminal es significativa.⁷ De ser así, basta incrementar los recursos que la sociedad destina a la persecución, arresto y condena para reducir la cantidad de crímenes y su costo social.

Una segunda hipótesis sostiene que los criminales no son disuadidos por las variaciones en la severidad de castigo o la probabilidad de ser condenados. Sostiene, más bien, que el crimen es causado por un conjunto de factores sociológicos, por lo que los recursos deberían destinarse a combatir la raíz del problema. Esto se podría hacer, por ejemplo, a través de la creación de hogares sustitutos para niños en situación de calle, subsidios de subsistencia, educación inclusiva desde la primera infancia –y, por supuesto, primaria y secundaria–, creación de puestos de trabajo, entre otros. Por otro lado, estas hipótesis no necesariamente

7 De hecho, uno de los argumentos más fuertes que parece corroborar la hipótesis de la disuasión es el hecho de que es un fenómeno global el enorme incremento de la criminalidad juvenil. Esto podría explicarse porque los menores de edad concurren a juzgados especiales que son más benévolos que los juzgados para adultos.

son excluyentes y ambas pueden ser correctas y explicar fracciones de un fenómeno complejo.

Box
10

Efectividad de la disuasión y contrastación empírica

Las estadísticas sobre delitos no son muy fiables, no son estables en el sentido de que dependen significativamente del lugar y el momento. Aun si las estadísticas fuesen buenas, para medir el impacto disuasivo, no basta con saber quiénes no fueron disuadidos, es decir, los que efectivamente cometieron un crimen y fueron atrapados, sino que también necesitaríamos conocer datos de la población que fue disuadida. No podemos decir que una ley no funciona porque haya algunos individuos para los que el estímulo no fue suficiente, es necesario conocer a los disuadidos. Los estudios estadísticos que miden este impacto estudian la disuasión general, pero es estadísticamente difícil medir la cantidad de delitos que no se cometieron; esta es una variable oculta.

Los estudios habituales que intentan explicar la criminalidad incorporan como variables explicativas a algunos aspectos del sistema judicial, como la probabilidad de ser arrestado, la de ser procesado, la de ser condenado y el promedio del castigo, que es una variable que aproximadamente representa el castigo esperado. También suelen incluirse ciertas condiciones del mercado de trabajo, como desempleo, nivel de ingreso (que representa el costo de oportunidad de delinquir) y algunas variables socioeconómicas, como raza, edad, porcentaje de población urbana. Estos estudios se enfrentan a dos dificultades: la calidad de los datos, como dijimos (la predisposición a realizar denuncias varía significativamente entre jurisdicciones), y las variables omitidas muy relevantes, como, por ejemplo, algunas características de los hogares o la propia capacidad de los padres para educar a sus hijos.

La omisión de variables relevantes tiene consecuencias estadísticas que deterioran irremediablemente los resultados obtenidos de las estimaciones. Es por estos defectos que los estudios sobre disuasión son ambiguos. Algunos apuntan a que el aumento de la probabilidad de castigo aumenta la disuasión, mientras que otros hallan, por el contrario, que la disuasión se reduce. Algunos trabajos estadísticos enfocados sobre población de riesgo, básicamente exreos, dieron como resultado que el efecto disuasión funciona pero de maneras asimétricas, dependiendo del tipo de crimen que hayan cometido. Por ejemplo, los criminales violentos son disuadidos por la severidad del castigo mientras que los criminales leves, que típicamente cometieron delitos contra la propiedad, son disuadidos por la certeza de que serán castigados. Los adictos no responden al efecto disuasión.

Apuntando a contrastar la segunda hipótesis, existen importantes estudios empíricos que analizan la sensibilidad de respuesta de la criminalidad ante el empleo y otras políticas distributivas, y ante factores hereditarios o de la niñez. La relación entre el ingreso y el crimen, por ejemplo, también resulta ambigua. Muchos estudios no hallan correlación entre el ingreso y el delito, entre el desempleo y el delito, ni entre las recesiones y el delito. Es curioso que en la literatura anglosajona (Posner, 1972), muchos trabajos directamente no analizan el efecto de la desigualdad como variable determinante del delito. En cambio, otros autores (Kelly, 2000) hallan una robusta relación entre la desigualdad y los delitos violentos. Morgan Kelly opina que los delitos leves –contra la propiedad– son bien explicados por el AED, mientras que los delitos más violentos están mejor explicados por los enfoques que tratan el problema como un desorden social.

5.7.2. ¿Cuál es el castigo óptimo?

Podría eliminarse casi cualquier delito imponiendo una pena muy severa y una elevada probabilidad de condena.⁸ Pero de ser así, nos enfrentaríamos a dos problemas. Por un lado, si la severidad de la pena fuera desproporcionada con respecto al hecho, sería inconstitucional. Por el otro lado, elevar la probabilidad del castigo requeriría asumir un enorme costo económico. Los *policymakers* buscarán un nivel de disuasión que no sea tan alto como para acarrearle demasiados costos de seguridad a la sociedad. De esta manera, se acepta como objetivo una criminalidad –no nula– ni demasiado alta como para alarmar a la sociedad, ni demasiado baja como para generar pérdidas económicas sustanciales. Uno de los principales aprendizajes que brinda el AED es que el nivel de criminalidad socialmente óptimo es mayor a cero, lo que implica que para la sociedad es rentable tolerar cierto grado de criminalidad porque no está dispuesta a asumir cualquier costo para eliminarla.

Tolerancia cero

En términos generales, se entiende por *tolerancia cero* a la política que consiste en aplicarle al infractor de una norma un castigo automático y predeterminado que impida que las autoridades intervengan subjetivamente modificándola, es decir, evita la gradación del castigo y la subjetividad aplicada a cada caso. Esta política se inspira en el trabajo de dos

8 En el capítulo 3 ya nos hemos referido al análisis que hace Santo Tomás Moro sobre la severidad de la pena como elemento disuasivo para evitar conductas delictivas.

criminalistas de EE. UU., James Wilson y George Kelling (1982), quienes en un artículo titulado «Ventanas rotas» argumentaron que cuando una sociedad o ambiente es permisivo con los delitos menores brinda la sensación de que nadie tiene el control y, por ello, alienta delitos mayores (una ventana rota de un edificio, sin arreglar por un tiempo, alienta primero a que rompan otras ventanas y, finalmente, a la intrusión). Sin embargo, el concepto suele ser utilizado también para representar las políticas inflexibles de represión del delito común, que le brindan carta blanca a las fuerzas policiales para reprimir indiscriminadamente y terminan focalizándose sobre los pobres o ciertos grupos raciales estigmatizados, sin perseguir con la misma intensidad otro tipo de delincuentes.

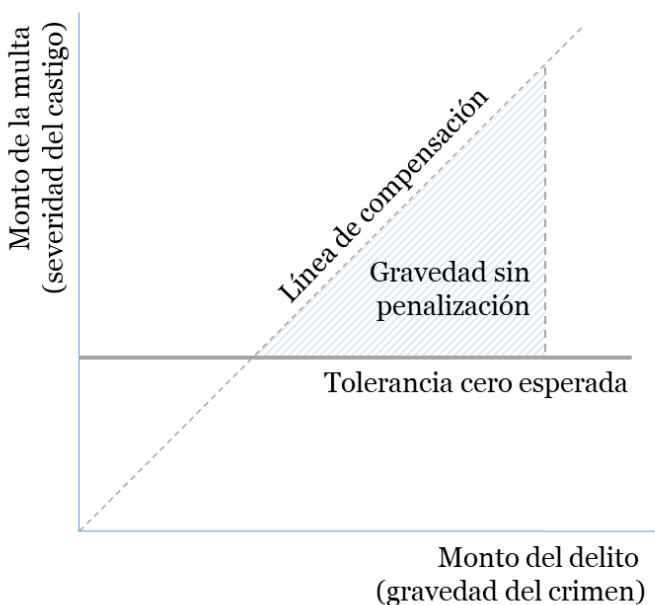
A mediados de los 90, esta política adquirió notoriedad mundial debido a su implementación por el alcalde republicano de Nueva York, Rudolph Giuliani. En esta ciudad, el descenso del crimen fue muy notable y le facilitó al candidato la popularidad suficiente para superar con éxito el trámite de la reelección, aun a pesar del crecimiento constante de las quejas sobre discriminación y maltrato por parte de los más desfavorecidos. No obstante el éxito aparente de la política de Giuliani, estudios posteriores permitieron comprobar que el descenso abrupto de la criminalidad en la ciudad había comenzado un par de años antes del lanzamiento de la política de tolerancia cero. Incluso, que el mismo descenso también se había verificado simultáneamente en otras metrópolis de EE. UU. que no la habían implementado y que, un par de décadas antes, Nueva York había aplicado la misma política sin ningún éxito.

En definitiva, parece que Giuliani pudo atribuirse un éxito que se debía más a otros factores —como el fuerte crecimiento del empleo y los salarios, y la disminución del consumo de crack a favor de otros narcóticos— que a su política de baja tolerancia con el crimen. De todos modos, una de las principales críticas, proveniente desde la teoría jurídica, consiste en que la penalidad preestablecida rompe con un importante principio de la justicia que es la proporcionalidad entre el crimen y el castigo. Asimismo, al no existir una gradación del castigo vinculada con la gravedad del delito, muchos delincuentes no tendrán inhibiciones en aumentar la gravedad (por ejemplo, el consumo de narcóticos) porque la pena es indiferente. Desde otro ángulo, por más que diese resultados positivos, muchos autores argumentan que esta política tiene consecuencias indeseadas, sobre todo derivadas de la presión que se ejerce sobre la policía para que muestre resultados.

Desde el ángulo del AED, la política de tolerancia cero estimula a que los delincuentes aumenten la gravedad del delito, como se observa en la figura 5.5 (por encima de la línea de castigo esperada de la política de tolerancia cero, el castigo no compensa el producido por el delito). Asimismo,

si esta política es llevada a un extremo, se enfrenta al resultado señalado arriba de que existe un nivel óptimo de delincuencia, superior a cero.

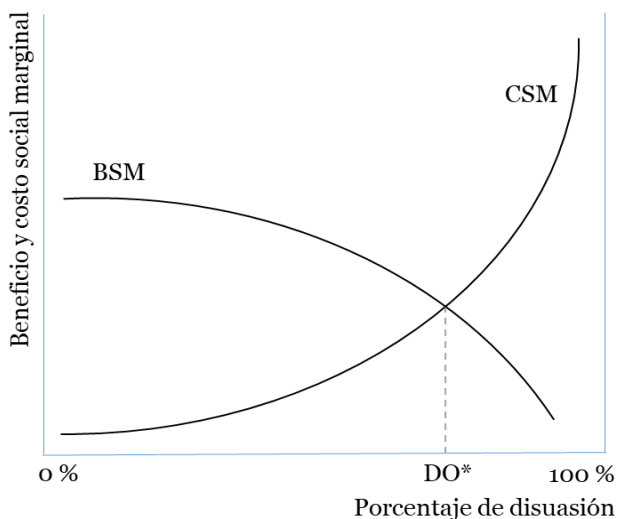
Figura 5. 5. Tolerancia cero y la gravedad del delito



El nivel económicamente óptimo de disuasión (o seguridad) de una sociedad dada dependerá del comportamiento de dos curvas que caracterizan los costos y beneficios sociales involucrados. La primera es la curva del costo social marginal (CSM), que representa el incremento del costo total –en prisiones, prevención, seguridad, poder judicial y el valor de producción que dejan de añadir los reos– que debe asumir la sociedad para alcanzar un porcentaje adicional de disuasión. La segunda es la curva del beneficio social marginal (BSM), que representa el incremento del beneficio social adicional generado gracias al aumento en un porcentaje adicional de la disuasión. Usando un ejemplo básico, si el costo total del sistema de represión del delito –penitenciario, seguridad interior, etcétera– necesario para mantener la disuasión en un nivel del 5% es de \$100, y de \$110 para mantenerlo en 6%, el CSM del nivel de disuasión del 6% es el incremento del costo total, de \$10. La curva CSM tiene una pendiente positiva y convexa, reflejando que a partir de cierto punto los costos adicionales involucrados en disminuir la criminalidad crecen en forma exponencial. Análogamente, la curva de BSM –cóncava al origen– tiene una curvatura exponencial decreciente, reflejando que

en los niveles de seguridad altos (porcentajes de disuasión altos en la figura 5.6) el beneficio adicional decrece también exponencialmente. El nivel óptimo se alcanza cuando se interceptan estas dos curvas y es en un porcentaje de criminalidad superior a cero que en la figura 5.6 está representado por la tasa óptima de delincuencia DO^* . En efecto, a la izquierda del punto DO^* , el CSM de aumentar la disuasión en un 1% es inferior al BSM que genera en la comunidad, por lo tanto, conviene elevar el porcentaje de disuasión. A la derecha de este punto, para aumentar en un 1% la disuasión, la sociedad debería asumir un costo social marginal mayor al beneficio social que genera, por lo tanto, el incremento de seguridad sería antieconómico. Nótese que, si por algún motivo –gracias a una reforma legal que endurezca las penalidades teóricas o por una inversión educativa en moral y ética ciudadana, por ejemplo– bajase la curva de CSM, el nivel de criminalidad bajaría también.

Figura 5.6. Delito óptimo o nivel óptimo de delincuencia



5.8. Moral y delito

Una sociedad que realice una inversión social en moral y ética ciudadana a través de la educación formal u otros programas de concientización colectivos y de largo aliento, o que apueste a estrategias igualitarias para disminuir los conflictos sociales y crear así compromisos y

responsabilidad social en todas las clases y facciones sociales, tendrá como resultado una curva de CSM más baja que en un país que no haya realizado esta inversión. Naturalmente, un descenso de la curva de CSM implicará un menor costo de disuasión y, por lo tanto, un mayor nivel de disuasión óptimo. Esto se explica porque la proporción de ciudadanos morales es más elevada y porque el Estado descarga parte del control en la propia ciudadanía que asume el papel responsable de contribuir al bien común ejerciendo formas lícitas de control ciudadano y adoptando conductas respetuosas de la ley. Así, la inversión en moral y ética, y en todo lo que la genere, es muy rentable socialmente porque libera a la sociedad de gastos improductivos, como los que involucra todo el sistema de prevención, control y castigo del crimen.⁹

5. 9. Castigos

Muerte, tortura, amputación, empalamiento, multa, esclavitud, prisión, libertad condicionada, exilio, ostracismo, pérdida de ciudadanía, muerte civil, garrote vil y escarnio público, *probation* (en el derecho argentino: suspensión del juicio a prueba) son algunas, entre muchas otras, de las formas de castigar a los condenados que ha inventado la humanidad desde sus orígenes. A grandes rasgos, se puede afirmar que existen preferencias culturales por ciertas formas de castigo; por ejemplo, los europeos son más permeables a las multas monetarias y, en cambio, aborrecen el encarcelamiento. Esto es justo lo contrario de lo que parecen ser las preferencias que a grandes rasgos tienen los norteamericanos (Posner, 1972).

En este contexto, a continuación se analizan las opciones de castigos disponibles para disuadir la conducta delictiva y morigerar sus impactos sobre el bienestar, excluyendo por supuesto, la pena de muerte y otros castigos que no están disponibles entre las alternativas de nuestro código penal (art. 5): «Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación».

5. 9. 1. Prisión

En primer lugar, debe recordarse que los castigos no solo afectan al condenado sino que también perjudican a la sociedad. El objetivo del AED

9 Recomendamos la lectura del artículo «Trabajo guardián» de Jayadev y Bowles (2006) para tener una correcta dimensión de la magnitud de los gastos improductivos en «personal guardián» y los factores que lo determinan, entre ellos –y especialmente–, la desigualdad del ingreso.

en este campo es el de analizar la política de seguridad que se da una sociedad desde el punto de vista de la eficiencia social, buscando minimizar los costos que genera el delito, ya sea en forma directa –daño físico, pérdida o destrucción de la propiedad– o indirecta –costos privados o públicos asociados a la criminalidad, como alarmas, seguros, seguridad privada, más los costos del sistema judicial, penitenciario y administrativo (jueces, fiscales, abogados defensores, cárceles, policías, personal penitenciario, programas de prevención, difusión, estadísticas)–.

¿Qué forma de sanción punitiva minimiza el costo del delito? Las opciones principales son las multas monetarias y las penas privativas de la libertad. De acuerdo al AED, el sistema vigente se recuesta demasiado sobre el encarcelamiento y muy poco sobre las multas monetarias. Estas últimas son un mecanismo mucho menos costoso que la prisión para alcanzar un nivel de disuasión deseado.¹⁰

De todos modos, la preferencia por el encarcelamiento parece justificarse básicamente por cuatro ventajas:

- Recompensa a la comunidad en términos de justicia o percepción de justicia.
- Ofrece una oportunidad de rehabilitación.
- Incapacita al criminal en su potencial delictivo.
- Disuade al criminal de cometer otros crímenes.

Respecto al primer punto, cabe señalar que la satisfacción que brinda aprisionar al culpable de un delito nunca termina de cumplir las aspiraciones de las víctimas, muchos individuos perciben que la penalidad es insuficiente, mientras que para otros es excesiva, es decir que, si bien la sociedad valora esta compensación, no es clara su medida. Respecto a la rehabilitación, depende en gran medida de la calidad institucional del sistema carcelario y también del tipo de crimen, en el sentido de que no queda claro que todos los tipos de delitos puedan rehabilitarse exitosamente. Respecto al hecho de que incapacita al prisionero, podemos decir que en cierta medida es una alternativa eficiente solo para los que van a reincidir; necesariamente va a conducir a una menor cantidad de crímenes, pero a costa de castigar también a los que no reincidirían. Asimismo, para que

¹⁰ En efecto, EE. UU. tiene la tasa más elevada del globo de población encarcelada: más de 700 cada 100000 habitantes frente a, por ejemplo, los 101 de Francia, 80 de Alemania o 71 de Noruega. De todos modos, esta política severa de seguridad interior no parece estar dando resultado. EE. UU. encabeza también la lista de clasificación de los países desarrollados en cuanto al nivel de criminalidad (4,7 asesinatos cada 100000 habitantes, frente a 1 en Europa occidental y 0,3 en Japón, por ejemplo).

esta incapacidad conduzca a un beneficio social, es necesario que las prisiones no sean instituciones formadoras de criminales.

La sociedad debe comparar estos beneficios sociales generados por la incapacidad delictiva de los prisioneros con los costos del encarcelamiento, básicamente, los costos de seguridad por prisionero –que es un costo directo– más una miríada de costos de oportunidad, como el tiempo que el prisionero no dedica a generar ingresos (la asignación de tareas a los prisioneros es una forma de reducir este costo, pero, si son forzadas, se corre el riesgo de que puedan generar una explotación injusta y, si son relativamente bien remuneradas, pueden generar rechazo en la sociedad, que las percibe como una recompensa injusta por delinquir). En definitiva, el costo de un encarcelamiento puede medirse por los costos directos que implica mantenerlo en prisión, sumados a los flujos descontados de la corriente de ingresos que habría generado el prisionero si se mantuviese en actividad.

Para evaluar la eficiencia del sistema de castigo basado en el encarcelamiento, necesitaríamos comparar el costo social marginal con el beneficio social marginal de este tipo de castigo frente a los beneficios y costos de otras herramientas, como las multas, que consigan el mismo nivel de disuasión.

5.9.2. Multas monetarias

Una alternativa frente al encarcelamiento es la fijación de multas monetarias. Para entender su funcionamiento, utilicemos un caso muy simple en el que todo criminal es atrapado y se le cobra una multa monetaria (*fine*). ¿Cuál será el valor de la multa? Una respuesta rápida sería que tendría que ser suficiente como para disuadir al criminal de cometer el delito.

Pero un análisis más detallado ofrece otra concepción, porque hay ciertas conductas antijurídicas que no nos interesa disuadir. Por ejemplo, si un montañista perdido y a punto de morir de hambre encuentra una cabaña, deberíamos permitirle entrar por la fuerza porque el daño que le ocasiona al propietario es menor al beneficio social que se obtiene salvando la vida del montañista. Su conducta ilegal aumentará el bienestar social a pesar de que desafía el principio del respeto a la propiedad.¹¹ Si un conductor supera el límite de velocidad porque lleva a su mujer a punto de dar a luz al hospital, no se le debería multar porque, nuevamente, el beneficio social es mayor al costo medido en términos

11 Nuevamente, el derecho a la propiedad no es absoluto. En el caso mencionado, el derecho sobre la propiedad se relaja porque, al no respetar este principio, se contribuye más al bienestar social que respetándolo estrictamente.

del incremento del riesgo de accidente que le ocasiona a la sociedad. En este sentido, se trata de una conducta eficiente porque conduce a un mayor bien. Sin embargo, en muchos casos como estos, la línea entre las conductas que debemos permitir y las que no es muy tenue. Siguiendo con el ejemplo anterior, si el padre conduce demasiado rápido, aumenta desproporcionadamente el riesgo de generar un accidente y el bienestar social disminuye, en cuyo caso se trata de un accionar ineficiente.

¿Qué puede hacerse para permitir las violaciones a la ley eficientes y disuadir las ineficientes? Apliquemos un ejemplo numérico. En términos de aumento del riesgo para la comunidad, si el costo marginal generado por superar en 10 km/h el límite de velocidad fuese de \$ 100, fijando la multa en este monto se compensaría a la comunidad. Sin embargo, esto no necesariamente desalentaría a la persona, porque la disuasión se producirá si el castigo es mayor al valor generado por la infracción y esto depende de la percepción del infractor. Para hacer más realista el ejemplo, supongamos que la probabilidad de atrapar y multar al infractor es de un 50% (es decir, lo atraparán y multarán una de cada dos veces que exceda el límite), entonces, nuevamente, una multa de \$ 200 hará que el castigo promedio por ir rápido –la multa esperada– sea de nuevo equivalente al costo que le imprime a la comunidad (\$ 100).

¿Se disuade así al conductor? Por el momento, sabemos que compensa por el daño a la comunidad, pero no necesariamente disuadirá al infractor. En efecto, esta multa esperada solo conseguirá persuadirlo en ciertas ocasiones. Si valora ir más rápido por encima de lo que le cuesta el castigo esperado (la multa promedio que tendrá que pagar), irá rápido, mientras que si lo valora menos, entonces irá por debajo del límite. Esto es, si su beneficio por conducir por encima del límite en una ocasión (que calcula, por ejemplo, en \$ 150) supera el castigo esperado (\$ 100), entonces la decisión racional será superar el límite. Así, todo tipo de crimen le impone un costo a la comunidad y tiene asociado una probabilidad de captura y multa, de modo que el sistema judicial tendrá un conjunto de delitos tipificados con multas derivadas de las probabilidades respectivas y, las personas que encuentren su propio beneficio superior a la pena, cometerán la infracción, y será socialmente eficiente que lo hagan.

Por supuesto, esta regla no se aplica para delitos graves o violentos. No podríamos aceptar un sistema legal diseñado para que alguien supere el límite –cometiendo un asesinato, por ejemplo– cuando valore más cometer este delito que la penalización esperada. Digamos que la tasa eficiente de asesinatos es cero o, lo que es lo mismo, que ningún asesinato aumentará el bienestar social, de modo que los beneficios serán siempre menores al costo que el asesinato le infringe a la sociedad.

¿Cuál es el costo neto de aplicar un castigo? En el caso de una multa monetaria, es cero. En efecto, la multa le permite al juzgado cobrar el monto suficiente para compensar los costos promedio de prevenir el crimen, y atrapar y juzgar al criminal. En los casos de prisión, el costo es mayor. Además del costo de atrapar y condenar, incluye los gastos de vigilancia de prisioneros, la inversión en cárceles, su mantenimiento a costa de los ingresos públicos y los ingresos directos e indirectos que la sociedad deja de percibir debido a que el encarcelamiento no le permite trabajar. Al contrario de la multa, nadie obtiene lo que se le quita al prisionero (parte de su flujo de ingresos futuro). Asimismo, la sociedad también deja de percibir todos los ingresos indirectos que podría haber generado el delincuente si no estuviese encarcelado. En efecto, la actividad de muchos individuos genera ingresos no solo para sí mismos sino también para los demás y la sociedad se pierde también de estos ingresos.¹²

5.9.2.1. La multa óptima.

El principio máxima penalidad-mínima probabilidad

En su artículo «Crimen y castigo: una aproximación económica», el premio Nobel Gary S. Becker (1968) argumentó que la sociedad puede reducir el costo social disminuyendo los costos vinculados a la aplicación de la ley –que determinan la probabilidad efectiva del castigo– sin sacrificar el nivel de disuasión deseado. Esto se conseguiría, por un lado, reduciendo los costos de atrapar y condenar a los delincuentes –que determinan la probabilidad del castigo y el costo de aplicar la ley– y, por el otro, elevando la penalidad teórica que prevé el sistema legal. Este argumento que presentamos a continuación es conocido como el criterio de la *máxima penalidad-mínima probabilidad* y, si bien es muy útil para analizar la disyuntiva entre severidad y probabilidad, ha recibido considerables objeciones, algunas de las cuales se detallarán a continuación.

El valor óptimo de una multa depende de la probabilidad de atrapar al infractor y, a su vez, la probabilidad de atraparle depende de los gastos realizados en vigilancia y en el poder judicial. Es decir, se tienen dos elementos: f , que es el valor de la multa monetaria (severidad teórica), y p , la probabilidad de condena, que multiplicados equivalen al castigo esperado ($f \cdot p = \text{castigo esperado}$). Esta probabilidad en gran parte depende del gasto presupuestario que la comunidad, representada en el Poder

12 Supongamos que el delincuente es un famoso artista que, al estar en prisión, no solo deja de percibir sus ingresos sino que además no puede realizar conciertos, exposiciones, comisiones u otras actividades que habrían generado ingresos para otros trabajadores.

Legislativo, decida asignarle a las partidas vinculadas a la seguridad interior y la administración de justicia (vigilancia y poder judicial).

Supongamos que el delito le genera un ingreso al delincuente equivalente a \$ 100. Si la probabilidad de condena es del 100 %, la multa monetaria óptima será equivalente \$ 100 y el delincuente ya no obtendrá ningún beneficio por cometer el delito. Si la probabilidad de condenarlo es del 50 % (es decir, que lo atrapen una de cada dos veces que cometa un delito), para que la multa monetaria óptima siga disuadiendo al criminal, será necesario que alcance el valor de \$ 200. De este modo, el castigo esperado seguirá siendo igual a \$ 100 ($\$ 200 \cdot 50\% = \$ 100$). En este caso, el delincuente sabrá que en promedio será condenado una vez cada dos delitos que cometa y que la multa será el doble que el beneficio que obtendrá delinquiendo; por lo tanto, el castigo esperado será igual al beneficio y así se lo conseguirá disuadir.

Supongamos ahora que la probabilidad de condenarlo—debido a una reducción en el presupuesto en seguridad—cae al 10% (lo condenan sobre uno de cada diez delitos). En este caso, la multa monetaria óptima será de \$ 1000 ($\$ 1000 \cdot 10\% = \$ 100$), de modo que el delincuente nuevamente es disuadido de cometer el delito porque el castigo esperado es igual al beneficio que espera recibir. Si bien sabe que lo atraparán apenas una de cada diez veces que delinca conoce también que la severidad se decuplicó. Se alcanza así el mismo nivel de disuasión. Todos estos ejemplos nos condujeron al mismo nivel de castigo esperado, es decir, el mismo nivel de disuasión ¿A dónde conduce esta trayectoria? ¿Cómo elegimos que castigo o multa imponer para lograr la eficiencia?

La respuesta es muy sencilla e intuitiva. Dado un nivel de disuasión deseado por la comunidad, se elegirá la combinación de probabilidad y de castigo teórico que minimice la suma de los dos costos—el asociado a la probabilidad y el ocasionado por el delito—. Dado que, para aumentar la probabilidad de condenar al delincuente, tendrán que ser mayores los costos comprometidos en seguridad interior—policía y costos penitenciarios, entre otros—, resulta conveniente disminuir la probabilidad (para bajar estos costos) y compensarla con un aumento de la multa (para lograr una combinación que mantenga el mismo nivel de disuasión deseado).

Llevando al extremo este razonamiento, la probabilidad debe acercarse al cero y la multa al máximo posible, que está dado por toda la riqueza del infractor. Por ejemplo, este razonamiento implica que una ciudad obtendría el mismo nivel de infracciones de tránsito al reducir el número de agentes a una persona (el mínimo) y compensaría la disminución de la probabilidad con un aumento de la multa equivalente a la totalidad del patrimonio del infractor. Al disminuir la probabilidad de

atrapar y condenar delincuentes, se estarán disminuyendo los costos sin afectar el castigo esperado, es decir, manteniendo el nivel de disuasión deseado como consecuencia del aumento de la severidad del castigo.

La definición de la multa óptima, además, requiere evaluar cuál es la sensibilidad (elasticidad) del delito frente al nivel de castigo esperado. En efecto, si un aumento del 10% en el castigo esperado (vía sanción o probabilidad) disminuye la ocurrencia en un 90% –es decir, la demanda de delitos resulta elástica al precio (dado por el castigo esperado)–, es rentable para la comunidad elevar el precio (la multa) porque un aumento pequeño en el castigo esperado incrementará el bienestar social gracias a una gran disminución de la violación de la ley y los daños sociales que genera. En este caso decimos que el costo marginal de la disuasión es negativo porque deja de ser un costo para transformarse en un beneficio. Por el contrario, si la demanda de delitos es muy inelástica –es decir, sube el castigo esperado y los delitos responden con una muy leve baja–, convendrá lo contrario porque no hay ganancias derivadas de aumentar los costos que implica elevar el castigo esperado. En este caso, los costos marginales de la disuasión son positivos, ya que para aumentar el nivel de disuasión, deben aumentar los costos sociales.

Así se llega a una regla que nos permite definir el nivel de disuasión óptimo para cada tipo de delito. La multa esperada debe ser igual al daño realizado menos el costo marginal social de la disuasión. En el primer caso, donde el costo marginal de disuasión es negativo, el castigo óptimo es igual al daño realizado, más un importe equivalente a los beneficios que obtiene la comunidad por aumentar el nivel de disuasión. En el segundo caso, el costo marginal de aumentar la disuasión es positivo, por lo tanto, el castigo óptimo es el daño realizado menos el costo marginal.

Veamos un caso aplicado a un criminal irreductible –vale el ejemplo sin perjuicio de que el demente, por su condición, resulta inimputable–;¹³ por su irracionalidad, su demanda de crímenes es muy inelástica, lo que significa que para disuadirlo es necesario subir enormemente los costos asociados, lo que hace recomendable confinarlo, aislarlo de la comunidad.

Otro ejemplo aplicado a la diferencia entre premeditación o no. Un crimen premeditado es más racional, por lo tanto, el criminal es más susceptible de ser disuadido. Por ello, el costo marginal de su crimen

13 El art. 34 del Código Penal argentino dispone: «No son punibles: 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones».

premeditado es negativo y, en consecuencia, la multa esperada óptima es igual al daño realizado más el beneficio social que genera aumentar la disuasión —es decir, menos el costo marginal de la disuasión, que al ser negativo, termina sumándose al daño realizado y elevando el castigo esperado.

**Box
12**

Contrastación del modelo para el caso de la Argentina

Resulta muy interesante el trabajo empírico de Balbo y Posadas (1998) que examina esta hipótesis aplicándola al caso de la criminalidad en la Argentina. En particular, los autores utilizan un modelo econométrico aplicado a un panel de datos de criminalidad correspondiente a las 24 jurisdicciones argentinas durante 4 períodos consecutivos. El modelo explica una variable independiente que representa el nivel de criminalidad (delitos cada 1000 habitantes) utilizando variables explicativas que reflejan la probabilidad de captura y condena (policías cada 1000 habitantes, probabilidad de ser inculcado, probabilidad de ser condenado), y variables representativas de la severidad del castigo (probabilidad de salir en libertad condicional dado que fue condenado y posibilidad de pagar una multa económica o inhabilitación), entre otras variables de control.

El resultado coincide con las objeciones que se han planteado. La criminalidad resulta muy sensible a las variables que representan la probabilidad de atrapar y condenar el criminal, mientras que, por el contrario, las variables que representan la severidad no resultan significativas.

5.9.2.2. Diferencias de disuasión entre ricos y pobres

Por último, es necesario tener en cuenta que la respuesta ante el castigo monetario depende del nivel de ingresos de los afectados. ¿Cuál es el impacto de la multa monetaria en términos de disuasión entre ricos y pobres?, el dinero tiene una menor utilidad marginal para quien lo posee en abundancia y, por el contrario, es más valioso para quien le es escaso. Por lo tanto, la misma multa monetaria no tiene el mismo impacto de disuasión entre ricos que entre pobres.

Por ejemplo, dos vecinos, uno rico y otro pobre, tienen propiedades colindantes. El vecino rico tiene un patrimonio de \$1 000 000 y desea que el vecino pobre se mude para que su casa de bajos recursos no afee su propiedad. Con este fin, empieza a hostigarlo dejando su basura diaria desparramada en el jardín del vecino pobre. El vecino pobre acude al juez, quien le impone una multa de \$ 100 diarios al rico. Este valor puede no disuadir efectivamente al vecino rico porque apenas representa un

0,001 % de su ingreso y es posible que valore menos esos \$ 100 diarios que el valor que le asigna a la satisfacción de propinarle el perjuicio al vecino pobre. Es claro que la situación es muy asimétrica, ya que si el vecino pobre, cuyo patrimonio es de \$ 1000, tuviese que pagar esa multa, sería rápidamente disuadido porque esta representa el 10 % de su patrimonio.

Este análisis sugiere que la multa debe tener cierta proporcionalidad con la riqueza del individuo, lo que implica desafiar el criterio de que, ante el mismo delito, dos personas deberían recibir el mismo castigo. Se confirma el principio aristotélico de que lo que es justo no es tratar a todos por igual, sino tratar en forma desigual a los desiguales.¹⁴ En cierto sentido, puede argumentarse que el castigo es el mismo, pero no en magnitud absoluta sino relativa. En efecto, un castigo del 1 % representaría, siguiendo con el ejemplo anterior, una pena diaria de \$ 10000 para el rico y de \$ 10 para el pobre. Los juzgados con frecuencia suelen reconocer estas asimetrías de alguna forma.

Sin perjuicio del conflicto teórico que sigue generando la existencia de distintas penas para el mismo delito (a pesar de la opinión de Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*), la legislación siempre tuvo en consideración el patrimonio del condenado a los efectos de la fijación del monto de la pena de multa.

En la actualidad, nuestro Código Penal dispone:

Artículo 21. La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado. Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio. El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

[...]

14 «Se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales». (Aristóteles, 1984)

Artículo 40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Artículo 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Ya en *Las siete partidas* se expresaba esta idea de la proporcionalidad de las penas pecuniarias con el patrimonio del condenado:¹⁵ «Los juzgadores deven catar cuando dan pena de pecho, si aquel a quien la dan es pobre o rico. Ca menor pena devén dar al pobre que al rico, porque manden cosa que pueda ser cumplido [sic]» (L. 8, Tít. 31, Part. 79).

En esta línea, el Código Penal de 1886, con respecto a la pena de multa, decía en su segundo párrafo: «La multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo o industria del delincuente».

En materia civil, y sobre la base de que toda persona está obligada por el deber de no dañar a otro y por el cumplimiento de las obligaciones asumidas, la violación a estos principios da lugar a que nazca en cabeza de la persona que sufrió el daño una acción para reclamar por la reparación de este y de los perjuicios sufridos. Referido a la proporcionalidad del castigo con el patrimonio del ofensor, el art. 1.742 del CCC dispone:

15 El *Libro de las leyes* o *Las siete partidas*, o simplemente *Las Partidas*, es un cuerpo doctrinario y normativo de la Corona de Castilla, cuya redacción es atribuida a la época de Alfonso X el Sabio (1252-1284), que tenía por objeto poner orden en la dispersa legislación del momento. Tuvo una enorme trascendencia y vigencia tanto en España como en América. En nuestro país, sus normas se mantuvieron hasta la sanción del Código Civil en 1869, cuya entrada en vigencia ocurrió en 1871.

«El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable».

5.9.3. Críticas al argumento máxima penalidad-mínima probabilidad

Si bien el principio de máxima penalidad-mínima probabilidad ha realizado una contribución significativa sobre la disyuntiva entre la probabilidad de atrapar y condenar, por un lado, y la severidad de la sanción, por el otro, no está libre de controversias. En efecto, las críticas que se plantean a este principio objetan sobre todo su aplicación más extrema y, por lo tanto, no desaconsejan su aplicación parcial. En otras palabras, dado que no parece posible aplicar el principio llevándolo al extremo de aplicar una multa equivalente a la totalidad del patrimonio del infractor, la sociedad deberá resolver esta disyuntiva entre penalidad y probabilidad, eligiendo otras combinaciones que alcancen más consenso colectivo.

Posiblemente, la objeción más relevante desde el punto de vista de la teoría jurídica es que la aplicación al extremo de este principio puede generar penas desproporcionadas respecto al daño social que las infracciones han ocasionado. De ser este el caso, se estaría violando un principio elemental de la justicia que, precisamente, exige la proporcionalidad entre el daño y el castigo. Violar este principio puede afectar el respeto social por la institución judicial y, a mediano plazo, desencadenar consecuencias indeseadas que afecten la normal convivencia social.

Por otro lado, sobre una población de infractores cuya distribución del ingreso varía notablemente, el principio de aplicar la máxima multa obligaría a violar otro principio jurídico: el de igualdad ante la ley, porque frente a la misma infracción el castigo variaría respondiendo al nivel de riqueza de cada infractor. Si, en cambio, se fija una sanción uniforme —es decir, independiente de la riqueza del infractor—, muchos delitos no serán disuadidos si el valor de la multa es inferior al potencial de pago conforme a la riqueza del infractor. Asimismo, si el valor de la multa es superior a la riqueza de los individuos de menores ingresos, tampoco se conseguirá el efecto de disuasión sobre ellos, ya que incluso todo su patrimonio podría resultar inferior a la multa que deberían pagar. En efecto, existe un límite a la multa que el delincuente puede pagar y que está dado por su nivel de riqueza. Por lo tanto, penas elevadas demandarán que, cuando el patrimonio del delincuente no sea suficiente para pagar la multa monetaria, se apliquen otro tipo de penas como *probation*, prisión u otras. Naturalmente, en caso de que se aplique prisión, esto

determina un trato desigual ante la ley ya que, ante un mismo crimen, un rico podrá pagar el castigo con su patrimonio mientras que un pobre solo podrá pagar con su libertad.

Indudablemente, el mecanismo propuesto por Becker tiene consecuencias distributivas. Con frecuencia se propone que un sistema de créditos o de fianzas podría contribuir a solucionar este dilema ya que el delincuente podría evitar la prisión y dedicarse a generar los ingresos que le permitan devolver el capital prestado. Sin embargo, este tipo de ideas son de dudosa efectividad porque pueden generar efectos contrarios a los deseados. En realidad, los condenados son incentivados a seguir delinquiendo para compensar el aumento de gastos que implican los servicios de la deuda y para evitar la prisión, a la que tendrían que volver en caso de no poder cancelar lo adeudado.

Desde otro ángulo, los delincuentes o infractores no tienen información perfecta sobre la probabilidad real de ser atrapados y condenados y, en consecuencia, cometen fallos de predicción que los conducen a tomar decisiones subóptimas. El enfoque propuesto por Becker falla en el supuesto de información perfecta, asumiendo que los potenciales delincuentes pueden hacer cálculos objetivos sobre cuál es la probabilidad de ser atrapado y condenado. La magnitud de estos fallos serán mayores mientras menor sea la probabilidad real. Por ejemplo, un automovilista estima que lo atraparán estacionando mal 2 de cada 10 veces con un error del $\pm 50\%$, lo que implica que podrían atraparlo entre 1 y 3 veces. La magnitud absoluta del error es de ± 1 vez, lo que implica un porcentaje muy elevado si la probabilidad real de ser atrapado es del 1% , y un porcentaje muy bajo si la probabilidad es del 90% . De acuerdo a este análisis, aumentando la probabilidad y disminuyendo la penalidad, se conseguiría ganar en eficiencia al disminuir el error de predicción de los infractores y, por lo tanto, disminuirían las pérdidas generadas por la conducta delictiva.

También debemos tener en cuenta que si las multas son desproporcionadas respecto al daño generado por la infracción, los delincuentes tendrán un fuerte estímulo para asumir conductas evasivas que le permitan ocultar el delito, agravando así su conducta delictiva.

Asimismo, vale la pena mencionar que los individuos tienen distintas posturas frente al riesgo. El principio de máxima penalidad-mínima probabilidad adopta el supuesto poco realista de que los individuos tienen conductas neutrales frente al riesgo, sin embargo, gran parte de los individuos le tienen aversión, lo que significa que valorarán menos la corriente de ingresos que le genere el delito porque exigirán una prima adicional frente al riesgo. Las personas adversas al riesgo solo cometerán una infracción si, al hacerlo, no solo tiene un rendimiento esperado mayor

a los costos presupuestos que enfrenta sino que, además, el rendimiento supera la prima que exigen por el riesgo asumido. Para estos individuos, la sanción óptima sería menor al máximo de riqueza del individuo que propone el principio o, desde otro ángulo, la aplicación del principio al extremo llevaría a una sobredisuasión, que es igualmente ineficiente.

Desde el ángulo opuesto, muchos de los potenciales delincuentes son amantes del riesgo. Siendo este el caso, el aumento del castigo teórico no desalienta la conducta delictiva sino que, por el contrario, podría alentarla. En efecto, por un lado, un aumento de la severidad del castigo genera un efecto sustitución, es decir, sube el precio de delinquir lo que disminuye la demanda de delitos. Pero por otro lado, se produce un efecto ingreso positivo, dado por el hecho de que el delincuente valora la corriente de ingresos que le genere el delito por encima de su valor esperado, porque cobra una prima adicional por el riesgo que disfruta. En los individuos amantes del riesgo, el efecto ingreso supera la sustitución, por lo que la eficacia –en términos de disuasión– de un aumento de la severidad de la pena es menor al del aumento de la probabilidad.

Un aspecto muy relevante que destaca la literatura es que, independientemente de la actitud de los individuos frente al riesgo, si la probabilidad de castigo es inferior a un umbral dado, la eficacia de la severidad del castigo –por más elevada que sea– va a ser muy baja o incluso nula. Para lograr una reducción de los delitos, este enfoque del umbral de probabilidad señala que un aumento en la probabilidad del castigo es más efectivo que un aumento en su severidad, especialmente cuando la probabilidad efectiva se encuentra por debajo del umbral señalado.

Análisis económico del derecho de daños (*tort law*)

6.1. Introducción

Nos imponemos riesgos unos a otros cotidianamente como un subproducto inevitable de llevar adelante nuestras actividades. Ir al trabajo, visitar a un familiar, comer en un restaurante, andar en bicicleta, caminar por la vereda, comprar en un supermercado, llevar los niños a la escuela, tener un perro de mascota; todas, absolutamente todas las actividades humanas involucran algún nivel de riesgo de ser dañado o de dañar a los demás. Eliminar estos riesgos no parece ser una opción compatible con la vida porque prácticamente implicaría la desaparición de las actividades económicas y no económicas que constituyen la cotidianidad de los seres humanos.

Para controlar estos riesgos, la sociedad ha desarrollado normas que prescriben estándares de conductas razonables para la vida en comunidad. Estos estándares a veces son violados, lo que puede resultar en un daño cuyo costo será asumido por alguien, ya sea el causante, la víctima o la comunidad. En orden de asignar la responsabilidad por el daño causado, los juzgados procuran castigar a la parte en falta, no solo para compensar al damnificado, sino para estimular la conducta correcta. Así, la definición más básica del derecho de daños (*tort law*) es que se trata de la rama del derecho que analiza la distribución de un mal privado entre las partes intervinientes y la comunidad.

Estos riesgos que nos imponemos unos a otros generan la obligación de reparar el daño que eventualmente se produciría. El código de Vélez establecía en el art. 499 que no existen obligaciones sin causa y disponía expresamente: «No hay obligaciones sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles». El Código Civil y Comercial plantea este principio en el art. 726, que dispone: «No hay obligación sin causa, es decir que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico». Podemos concluir así que toda obligación se sustenta en una causa; sin esta, no hay obligación. Para comprender cabalmente esta idea, debemos detenernos en el concepto de *obligación*. Desde un punto de vista muy amplio, podemos considerar como obligación cuando una persona esta forzada a hacer, a dar o a no hacer algo a favor de otra. El origen de esta exigencia

puede ser de orden moral o una imposición de la ley. Ya desde el punto de vista jurídico, podemos plantear que las obligaciones son un vínculo jurídico, en virtud del cual hemos de dar, hacer o no hacer algo a favor de otra persona, a la que denominaremos *acreedor*.

Vélez, en su código, en lugar de definir las obligaciones adoptó el método de clasificarlas, redactando en el art. 495: «Las obligaciones son de dar, hacer o no hacer». Por el contrario, en el Código Civil y Comercial, al comienzo del Libro III «Derechos Personales», se las define en el art. 724 de la siguiente manera:

La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.

Pero ¿cuál es el sustento de las obligaciones?, porque ya dijimos que no existe obligación sin causa. Es decir, ¿cuál es el hecho idóneo, de conformidad con el ordenamiento jurídico, capaz de hacer nacer la obligación –en nuestro caso– de reparar? O, dicho en otros términos, ¿por qué somos responsables por las consecuencias de nuestros propios actos (responsabilidad directa) o por los actos de las personas o cosas por las que debemos responder (responsabilidad indirecta o refleja)?

Los romanos sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas:

- Vivir honestamente (*honeste vivere*).
- Dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*).
- No dañar al otro (*alterum non laedere*).

Y es precisamente este último el que nos interesa para nuestro tema. El principio establece como regla elemental la prohibición de provocar un daño a otro. La violación de esa norma hace nacer en cabeza del que dañó, la responsabilidad de indemnizar. El CCC establece en el art. 1.716: «La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado».

Finalmente, nos detendremos en el concepto de reparar o indemnizar, que refiere al intento de dejar indemne a la persona que sufrió el daño, como si este no hubiera ocurrido. Obviamente hay situaciones en que ello resulta imposible, de manera tal que cualquier sistema jurídico debió encontrar alternativas para reparar el daño, o sea indemnizar o dejar indemne a la persona que lo sufrió, aunque ya no fuera posible volver las cosas a su estado anterior.

Sobre este tema, el CCC dispone en el art. 1.738: «La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el

lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances». Además, agrega en el art. 1.740: «La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie».

La primera gran clasificación que se establece sobre este tema de reparación de los daños producidos se sustenta en el origen de la relación entre las partes. Por un lado tenemos la responsabilidad contractual, que surge del incumplimiento de un contrato. En este caso, la parte incumplidora deberá responder por los daños y perjuicios que su incumplimiento haya generado en su cocontratante. Así, por ejemplo, si una empresa proveedora de insumos incumple en los plazos de entrega y, en consecuencia, provoca un daño, resulta responsable por el incumplimiento y nace en su cabeza la obligación de reparar, como resultado de la responsabilidad contractual.

Por su parte, en la responsabilidad extracontractual no existe acuerdo de voluntad alguno entre partes y la responsabilidad de reparar por la actuación dañosa surge del deber genérico de no causar daño a otro (*alterum non laedere*).

A la responsabilidad civil también se la clasifica en subjetiva y objetiva. El artículo 1.721 del CCC dispone: «La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa».

En términos generales, nos referimos al factor subjetivo de atribución de la responsabilidad cuando una persona ejecuta un acto que por su imprudencia, negligencia, impericia o desidia –en fin, por su culpa– provoca un daño a otro. Este factor de atribución siempre corresponde a la responsabilidad directa. Por el contrario, el factor de atribución es objetivo cuando la responsabilidad es indirecta o refleja, es decir, cuando nace la obligación de reparar en cabeza de una persona que no tuvo culpa, ni dolo –es más, ni siquiera actuó–, como ocurre en los casos de responsabilidad por los daños que causan las personas que están bajo su dependencia. Por ejemplo, la responsabilidad del empleador por los daños causados por sus dependientes en ocasión del trabajo. Esta responsabilidad objetiva se extiende a los daños causados por las cosas o por la actividad riesgosa de las cosas de las que uno se sirve, obtiene provecho, posee, tiene a su cuidado o por el vicio de ellas.

La responsabilidad subjetiva estaba prevista en el art. 1.109 del código de Vélez, del que surge el principio general que dispone que aquel que provoca un daño debe repararlo. Este artículo decía: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las

mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil». En el nuevo código este concepto está regulado en el art. 1.724:

Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por el interés ajeno.

Este factor de atribución subjetivo se sustenta en la idea de que la responsabilidad requiere de la culpa o el dolo para que la conducta tenga consecuencias jurídicas.

En el art. 1.749, el CCC dispone: «Es responsable directo quien incumpla una obligación u ocasione un daño injustificado por acción u omisión». También es responsable directo aquel que actúa en el evento de manera involuntaria. Así lo dispone el art. 1.750: «El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad».

En efecto, puede ocurrir la existencia de un evento dañoso sin la concurrencia de culpa o dolo por parte del autor del hecho. Si solo se atribuye la responsabilidad sobre la base de la culpa, este tipo de situaciones no tendría solución y se transformaría en una respuesta esencialmente injusta del derecho porque la víctima –sin haber colaborado de manera alguna en la ocurrencia del evento– debería soportar la totalidad de la pérdida producida por un hecho ajeno a ella.

Debemos comprender que para que exista responsabilidad directa del agente que actúa, este debe hacerlo voluntariamente; es decir que su conducta debe ser ejecutada con discernimiento, intención y libertad (de conformidad con los arts. 260 y 261 del CCC). Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la conducta se ejecutó sin estos elementos? En principio, la persona que actúa sin discernimiento, intención o libertad no resulta responsable de sus actos. Para comprender esta idea debemos preguntarnos: ¿por qué condenamos a la persona que comete un delito? Por ejemplo, ¿por qué condenamos a la persona que comete un homicidio? La respuesta es simple: porque eligió matar, habiendo podido elegir no matar. En consecuencia, el discernimiento, la intención y la libertad se constituyen en el sustrato sobre el cual se construye la responsabilidad jurídica de las personas.

Pero puede ocurrir, como dijimos, que exista un evento dañoso sin voluntad de la persona que lo produce. En estos casos, la indemnización que corresponde otorgar a la víctima se sustenta en razones de equidad y justicia distributiva a fin de mantener el equilibrio entre las partes.

Por otro lado, la responsabilidad objetiva determina la atribución de responsabilidad a una persona, aun cuando su conducta resulta irrelevante, ya que ni siquiera se requiere que haya actuado o tenido participación alguna en el hecho dañoso.

El concepto de la responsabilidad objetiva o refleja o indirecta tuvo en nuestro país recepción legislativa con la reforma de la Ley 17.711, que lo incorporó en el art. 1.113 del cc:

La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

El CCC trata al factor objetivo de atribución de la responsabilidad en el art. 1.722: «El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario».

La responsabilidad objetiva, indirecta, o refleja abarca diversas hipótesis. En el nuevo código se encuentra regulada:

- Por el hecho del dependiente (art. 1.753).
- Por el hecho de los hijos (art. 1.754).
- Por las cosas y las actividades (art. 1.757).

El CCC tiene las previsiones establecidas en el viejo art. 1.113 dispersas en diversos artículos. Así, por el hecho del dependiente y de los hijos, está previsto en el art. 1.753:

El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

En el art. 1.754, la responsabilidad por el hecho de los hijos: «Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos».

En los art. 1.757 y 1.758 se establece la responsabilidad por el hecho de las cosas.

Artículo 1.757. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Artículo 1.758. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Del desarrollo reciente de la teoría del riesgo creado –y de su aplicación jurisprudencial a la compleja convivencia de las sociedades urbanas modernas–, se observa como contrapartida un incremento inusitado de los seguros de responsabilidad civil, como manera de distribuir en un universo mayor el costo del riesgo que provoca a los demás nuestra actividad o las cosas de las que nos servimos. En algunos ámbitos, la contratación de este tipo de seguros resulta obligatoria (automóviles, edificios, transporte, lugares de ingreso público); en otros, son altamente recomendables (turismo en la naturaleza, prácticas médicas).

En estos tiempos, signados por un extraordinario avance científico y tecnológico, la teoría y la nueva legislación no solo tratan del riesgo o vicio de la cosa, sino de la existencia de actividades riesgosas por su propia naturaleza. De este modo, incorporan dentro de la responsabilidad objetiva actividades relacionadas con la biotecnología, los medicamentos, los productos envasados o la energía nuclear, entre otras, en donde puede ocurrir un daño sin la presencia de una cosa riesgosa o viciosa, sino que surge directamente de los riesgos propios que genera la actividad.

6.2. El evento dañoso

Una vez explicados estos temas, podemos avanzar en nuestro análisis. El evento dañoso implica básicamente los siguientes elementos.

- Dos partes. Se trata del causante (injuriante) y la víctima.
- Un daño y la ausencia de un contrato entre las partes. El causante imprime un daño a la víctima como consecuencia del ejercicio de su actividad o, simplemente, por un acto puntual y específico.
- La compensación o reparación por el daño provocado. Uno de los primeros temas que surge desde la ciencia económica se observa en la crisis del sistema judicial, donde se utiliza para ponderar el valor monetario del daño sufrido por la víctima. La razón es que las indemnizaciones, en muchos casos siderales, están elevando los costos de la actividad productiva y afectando el nivel de actividad de las economías.
- Un incumplimiento que se expresa en una acción u omisión de una conducta esperada que perjudica al damnificado. Cuando se produce el daño, el causante tuvo intención, fue negligente, estuvo en falta o simplemente la ley lo determina como responsable objetivo del hecho producido. De todos modos, el cumplimiento del mínimo legal no necesariamente exime al injuriante de culpa. Aun cumpliendo el mínimo legal puede ser responsable por el vicio propio de la cosa que genera el daño. Por ejemplo, un automóvil es una cosa peligrosa y el conductor está obligado a conducirlo de manera tal que mantenga siempre el dominio sobre él, una obligación que va más allá del estándar mínimo legal. Solo en caso que se acredite la responsabilidad de la víctima, el autor del daño no debe responder (art. 1.722 CCC «el responsable se libera demostrando la causa ajena»).
- Tiene que haber daño. Un aspecto relevante es que tiene que producirse un perjuicio. Si no lo hay, no hay acción legal por más que haya existido una conducta inapropiada o negligente. Por ejemplo, si dos cazadores por error le disparan a un caminante, pero uno le acierta y el otro no, ambos cazadores son igualmente irresponsables en su conducta, pero solo el que acertó el tiro será condenado a pagar la compensación por daño.
- Factor de atribución. Se refiere a las causas que permiten imputar responsabilidad a una persona en la ocurrencia de un hecho dañoso. Estos factores pueden ser subjetivos, es decir, que se sustentan en la culpa o dolo del autor, donde esa conducta culposa o dolosa es indispensable a los fines de atribuirle responsabilidad. También pueden ser objetivos, que se refieren a la teoría del

riesgo creado por las cosas, la actividad de las cuales se sirve o por la actuación de los que están bajo su dependencia. En estos casos, la conducta del autor es irrelevante al momento de atribuir responsabilidad, ya que la misma se sustenta en la creación de un riesgo del que se sirve (responsabilidad indirecta o refleja).

- Nexo de causalidad. Otro elemento importante del análisis de daños es la causalidad que media entre la víctima y el causante. Básicamente, el daño y el fallo tienen que tener una conexión cercana, no remota. Pueden establecerse diferentes niveles de causalidad y, mientras menor sea la relación de causalidad entre la acción del injuriante y el daño que afectó a la víctima, menor será la compensación. Por ejemplo, si a un vecino se le dispara un tiro que impacta mortalmente sobre otro, la relación es cercana. En cambio, si el vecino hace el mismo tiro, pero impacta en un perro que sale corriendo y atropella una escalera que cae de forma mortal sobre el vecino, existe una remota vinculación de causalidad entre la misma acción (un tiro que se escapa) y el mismo daño (la muerte del vecino). La vinculación remota no conducirá necesariamente a una compensación, o al mismo monto esperado para el caso anterior, a pesar de que la negligencia fue la misma.

El nexo de causalidad establece que debe existir una relación estrecha entre el hecho y la conducta ya que no es posible atribuir responsabilidad civil alguna si no existe una causalidad cercana entre ambas. El código de Vélez, en los art. 901 al 907, regula esta cuestión. El art. 901 disponía:

Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código «consecuencias inmediatas». Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman «consecuencias mediatas». Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman «consecuencias casuales».

En el CCC, el art. 1.726 establece la relación causal: «Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles». Luego, en el art. 1.727, se repite lo que ya estaba dispuesto en el art. 901 de Vélez.

Por último, debe tenerse en cuenta lo que dispone el art. 1.750 del nuevo código con respecto a los actos involuntarios que causan perjuicio, allí se establece que el autor del daño producido por un acto involuntario responde por razones de equidad y, en su caso, se aplican las disposiciones

del art. 1.742, que regula la atenuación de la responsabilidad sobre la base de la equidad, teniendo en cuenta el patrimonio del deudor, las condiciones personales de la víctima y las circunstancias que rodearon el hecho.

6.3. ¿Cómo se asigna la responsabilidad ante un daño?

La probabilidad de la existencia de accidentes involucra a dos variables bajo control del injuriante y del damnificado: el nivel de precaución (NP) y el nivel de actividad (NA). El NP para un automovilista podría cuantificarse, por ejemplo, según el número de veces que lleva a revisión los frenos de su auto, su grado de alcohol en sangre o la distancia entre su velocidad promedio y la legal; mientras que su NA podría medirse, por ejemplo, con la cantidad de km conducidos diariamente. Para la víctima también se define su NP y NA. Su nivel de precaución podría establecerse, por ejemplo, de acuerdo con cuál sea su conducta como viandante –la forma en que cruza las esquinas, su velocidad de paseo (corría o caminaba), etcétera; mientras que su nivel de actividad puede medirse en forma semejante a la del injuriante.

Ante la presencia de un perjuicio, las obligaciones no están predeterminadas; no son contractuales porque no existe contrato previo entre partes. Es casi imposible que existan contratos completos entre las partes, como en el caso obvio de los accidentes de tránsito. Cabe señalar que no es eficiente invertir recursos en la redacción y negociación de estos contratos para prevenir contingencias con tan baja probabilidad de ejecución. La regla más sensata para determinar cuál es la obligación de cada parte es que se exija un nivel de precaución razonable. Pero ¿cuánta precaución es razonable? Básicamente, el estándar de precaución es *lo que una persona razonable haría en estas circunstancias*. Si bien la determinación del estándar sigue siendo vaga, difusa, es un concepto central del derecho de daños. El comportamiento racional es para el derecho de daños lo mismo que la racionalidad de los agentes para la microeconomía; es un estándar flexible, variará, por ejemplo, dependiendo de qué actividad se trate, de qué tecnología se disponga, del nivel de precios de la misma. Si la actividad de la que se trata es altamente peligrosa –por ejemplo, el manejo de armas, la producción de pirotecnia, la generación de energía nuclear– el estándar razonable es muy alto; por el contrario, el estándar exigido para un productor de ovejas en la estepa es mínimo. El estándar legal depende, en cierta medida, de las prácticas y costumbres de las personas comunes.

El Código Civil y Comercial trata esta cuestión en el art. 1.725:

Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia

exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

El estándar legal que aspira a conducir a la conducta óptima es el nivel de actividad y de precaución que elegiría una persona si pudiese ser, a la vez, víctima e injuriante. Esta persona hipotética sería capaz de fijar correctamente el estándar legal. Pensemos, por ejemplo, en un taxista que con mucha frecuencia transita al frente de una escuela a la que asisten sus hijos. ¿Cuál será el estándar que fijará? Será uno que le permita ir lo suficientemente rápido como para no perder ingresos en su trabajo y, a la vez, lo suficientemente lento como para que el riesgo de atropellar a sus hijos sea despreciable. La decisión del taxista sería muy aproximada a la socialmente óptima.

Box 13

La moral basada en el imperativo categórico

Esta cuestión puede también analizarse desde una perspectiva totalmente diversa. Immanuel Kant expone una solución similar partiendo desde otro punto: plantea la existencia de principios prácticos objetivos a los que llama *imperativos* (es decir, inexcusables), que son proposiciones que tienen validez universal, son irrenunciables y se constituyen en la base de la moral y el derecho. Básicamente, podemos argumentar que un principio o conducta es moralmente buena si cumple la regla de que es posible su universalización.

Por ejemplo, si mentimos para superar un aprieto, si estacionamos en cualquier lado por falta de tiempo, si tomamos lo que es de otro porque lo apetecemos, ¿es posible que estas conductas se universalicen? Es decir, que todos mientan, que estacionen en cualquier lado o que tomen lo que quieran. Si todos adoptamos estas conductas, ¿es posible la vida en comunidad? Obviamente no. Si todos estacionamos el auto en cualquier lugar, el tránsito vehicular sería simplemente un caos. Si todos los comerciantes engañasen con el peso de los productos, la venta al peso no sería posible. Si todos incumpliésemos nuestros compromisos, estos dejarían de existir.

La generalización de estas conductas produce una contradicción ontológica con la vida en común y no la hace posible. De manera tal que la conducta moral, deseada, apetecible, justa, racional y óptima es aquella

que puede transformarse en una conducta universal y, como consecuencia, colabora con el perfeccionamiento de la convivencia. De esta manera, el imperativo categórico de Kant dispone que solo debemos actuar de acuerdo con el principio *que nuestra acción se transforme en ley universal*. De esta forma, en cuanto al tema que estamos tratando aquí, los niveles de precaución y de actividad morales son aquellos que serían compatibles con la vida en comunidad si se universalizasen—es decir, si todos los aplicasen—. De esta manera, conducir a altas velocidades, utilizar las armas sin precautelar los daños potenciales y no verificar el estado de un avión u otro vehículo, por citar algunos ejemplos, no son compatibles con la vida en comunidad; por lo tanto, no son conductas morales.

6.4. Compensación

Con respecto al daño, el tipo de perjuicio por el que los juzgados o los sistemas judiciales dictaminan compensaciones ha variado significativamente en el tiempo. En un principio solo se podía exigir compensación por el daño económico que se producía. Incluso, en el pasado cercano solo se compensaba a los sobrevivientes, por lo que, si el afectado fallecía, sus deudos no podían reclamar la compensación. Así se generaba el morboso incentivo a agravar el daño de modo que la muerte de la víctima hiciera desaparecer la obligación de compensación.

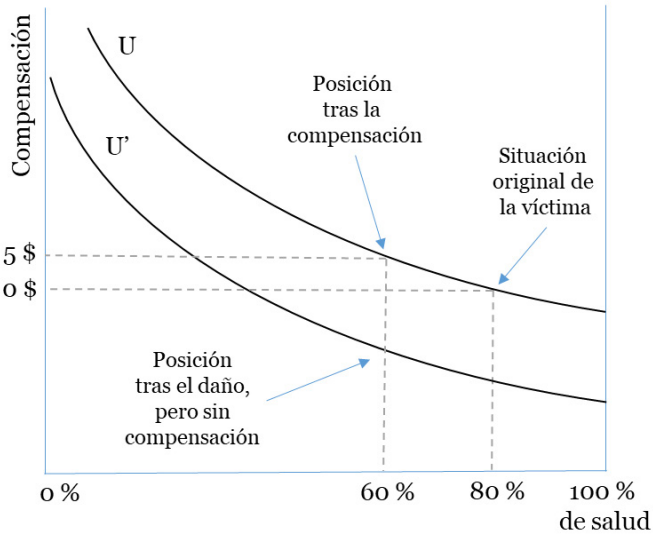
El derecho fue incorporando nuevos perjuicios compensables, acompañando la evolución moral de la sociedad y del pensamiento jurídico. Con esta progresión del derecho de daños ha crecido el tipo de daños que las cortes aceptan compensar. Los tribunales comenzaron a compensar a los deudos y no solo a las víctimas, con algunas resistencias iniciales, por ejemplo, si la víctima era un niño—que, al no trabajar, no le generaba ingresos a la familia—, el daño generado no cabía dentro de los daños compensables ya que su fallecimiento no significaba una pérdida económica para los padres, sino todo lo contrario. Posteriormente, las compensaciones incluyeron los ingresos potenciales de las víctimas y no solo los perjuicios económicos directos. Los sistemas jurídicos, a la hora de dictaminar compensaciones, incorporaron también nuevos conceptos, como el daño moral, el emocional, la pérdida de compañía (de un familiar), entre otros ejemplos de tipos de daños.

Compensación por daño. Análisis gráfico

A continuación, se presenta un análisis gráfico del impacto que genera la compensación por daño sobre el bienestar del damnificado. El

ejemplo parte de una situación donde la víctima pierde el disfrute de su bienestar desde un nivel inicial del 80 %, por ejemplo, de su salud (podríamos referirnos también al estado de su vehículo o cualquier atributo o propiedad que pueda ser dañada). Desde ese nivel inicial, su bienestar cae al 60 % tras el daño recibido, su salud en el ejemplo. Su utilidad disminuye, lo que se representa con el descenso desde la curva de indiferencia U a la U' . La compensación (de \$ 5 en la figura 6.1) le permite a la víctima volver al nivel de utilidad U , aunque con una composición diferente a la original. En la original alcanzaba el mismo nivel de utilidad gracias a un estado de 80 % de su salud y \$ 0 de compensación mientras que, en la posición final, lo alcanza gracias a una combinación de 60 % de salud y \$ 5 de compensación por daño.

Figura 6. 1. Compensación por daño



6. 5. Objetivos del AED en el derecho de daños

El interrogante más relevante del AED en el marco del derecho de daños es cómo inducir a las partes a alcanzar niveles óptimos de precaución y de actividad. Para ofrecer una respuesta, utiliza el herramental que presentamos a continuación, basado en el análisis microeconómico de la elección de los niveles de actividad (NA) y de precaución (NP) de la víctima y del injuriante.

El objeto del derecho de daños es muy similar al del derecho de propiedad, ambos persiguen el fin de proteger recursos. El derecho de propiedad lo hace a través de la definición de los derechos que permiten ejercer dominio y excluirlo de la influencia de terceros. En cambio, en el derecho de daños, los recursos son protegidos con un sistema de *liability rules* o reglas de responsabilidad (RR). Como hemos señalado, cuando se trata de accidentes, situaciones de difícil previsión que involucran *ex ante* a multitud de actores, los costos de transacción son demasiado altos como para dejar librada la asignación de derechos a los acuerdos previos entre las partes. Entonces reiteramos: invertir tiempo en negociar sobre contingencias tan poco probables es imposible e ineficiente.

Siguiendo los preceptos de Coase, de la misma forma que conviene asignar derechos de propiedad, para alcanzar la eficiencia, cuando los costos de transacción (CT) son bajos, conviene asignar reglas de responsabilidad cuando son altos. Las reglas de responsabilidad definen cuál de las partes deberá pagar los daños o pérdidas ocasionadas por un daño, lo que representa una forma de sistematizar o automatizar, en la mayor medida que sea posible, los mandatos que haría un juez.

Tabla 6. 1. Diferencias entre derecho de propiedad y reglas de responsabilidad

	Derecho de propiedad	Reglas de responsabilidad (liability rules)
Definición	Conjunto de derechos sobre recursos que el propietario puede ejercer, libre de la influencia de terceros.	Regla que da derecho al propietario de un recurso a reclamar una compensación por un daño recibido.
Derecho de exclusión	El propietario tiene derecho de exclusión a terceros.	Los propietarios no tienen oportunidad de ejercer el derecho de exclusión.
Medio	Se transfiere en un mercado.	Se transfiere a través del sistema judicial.
Precio	Precio subjetivo y determinado por el propietario.	Precio objetivo, fijado por una corte.
Valor de transferencia	Tiene consentimiento, se transfiere con valor, debe ser compensado.	Se puede hacer la transferencia sin consentimiento.

6. 6. Presentación de las reglas de responsabilidad

El análisis que se presenta a continuación, de carácter microeconómico, permite presentar las principales soluciones a las que llega cada una de las reglas de responsabilidad empleadas por las normas jurídicas y

contrastarlas con el óptimo social. Se demuestra que ninguna de las reglas de responsabilidad conduce a la conducta socialmente óptima, lo que podría explicar la crisis por la que atraviesa el sistema de seguros.

El análisis se centra en tres variables que pueden asumir la víctima y el injuriante: el nivel de precaución real –que indica cuál es la conducta que finalmente adoptan el injuriante (x) y la víctima (y)–, el nivel de precaución mínimo legal (XL y YL, respectivamente) –que se define normativamente por la autoridad– y el nivel de precaución óptimo social (XO y YO, respectivamente) –que representa la conducta que deberían tener tanto la víctima como el injuriante para que la sociedad minimice todos los costos vinculados a los daños.

Tabla 6. 2. Definición de variables

	Injuriante	Víctima
Nivel de precaución real	X	Y
Nivel de precaución mínimo legal	XL	YL
Nivel de precaución óptimo social	XO	YO

A continuación, nos centraremos en la descripción de las siete reglas de responsabilidad más habituales en la literatura y la jurisprudencia.

6. 6. 1. No responsabilidad (*no liability*)

Esta regla consiste precisamente en que no hay regla. Por defecto, las pérdidas son pagadas por la víctima. No existe ninguna condicionalidad. Es decir, cualquiera sea la conducta de la víctima y del injuriante, el perjuicio causado será asumido exclusivamente por la víctima; se libera de responsabilidad al injuriante.

Naturalmente, este tipo de regla estimula un elevado nivel de precaución (NP) de las potenciales víctimas, que solo pueden recurrir a esta precaución para evitar las consecuencias de la conducta irresponsable que asumirán los injuriantes y adoptar un nivel de actividad (NA) bajo para disminuir la probabilidad de ser dañados. Por el contrario, la regla establece la irresponsabilidad por parte de los potenciales injuriantes ya que no deben pagar por los daños que provocan y, por lo tanto, tendrán un bajo nivel de precaución y un nivel de actividad alto. La aplicación de esta regla a la vida cotidiana les permitiría a los conductores de vehículos, por ejemplo, no tener que asumir costos en caso de accidentes, por lo tanto, irán más rápido de lo conveniente (NP bajo) y conducirán más horas de lo prudente (NA alto). Mientras tanto, los peatones deberán

extremar su atención al circular (NP alto), del mismo modo, evitarán salidas innecesarias e irán más despacio (NA bajo).

6. 6. 2. Responsabilidad estricta (*strict liability*)

La regla establece que siempre las pérdidas son pagadas por el injuriante y no existe ninguna condicionalidad que le permita esquivar la obligación de pagar. Esta regla de responsabilidad se aplica incluso en casos en los que no hay falta, es decir que no requiere la existencia de una falta de precaución por parte del injuriante para ser aplicada, por ejemplo, en actividades peligrosas como la producción de pirotecnia. La regla estimula mucha precaución por parte del injuriante potencial, que tendrá un bajo nivel de actividad y un alto nivel de precaución, mientras que incentiva una menor responsabilidad por parte de la víctima, que tendrá un alto nivel de actividad y un bajo nivel de precaución. Utilizando otro ejemplo relacionado con la conducción, una aplicación de esta regla es lo que en lenguaje coloquial se denomina *el que choca de atrás paga*, y significa que, siempre que un vehículo vaya delante, el conductor tendrá más precaución de chocar al que le adelanta (NP alto) e irá más despacio y conducirá menos horas para poder concentrarse (NA bajo). Por el contrario, el vehículo que va delante puede despreocuparse de lo que pase con los vehículos que están atrás (NP bajo), y podrá ir a la velocidad que le plazca (NA alto).

6. 6. 3. Negligencia simple

Bajo esta regla, la responsabilidad recae siempre sobre la víctima toda vez que la conducta del injuriante haya alcanzado el mínimo legal. Así, si $x \geq XL$, la responsabilidad cae sobre la víctima, ella asume todos los costos del daño que ha recibido. Al mismo tiempo, si $x < XL$, el costo recae sobre el injuriante. En definitiva, la regla libera de responsabilidad al injuriante si alcanza el mínimo legal.

6. 6. 4. Responsabilidad estricta con defensa de negligencia contribuyente de la víctima (*strict liability with defence of contributory negligence*)

Esta regla establece un nivel de precaución regulado sobre la víctima. Si la víctima asumió una conducta acorde con el mínimo legal, entonces la responsabilidad recae sobre el injuriante. Si $y \geq YL$, la responsabilidad recae sobre el injuriante quien debe asumir los costos del daño; mientras que, si $y < YL$, lo asume la víctima. La regla libera de responsabilidad a la víctima si cumple el estándar legal. Siguiendo con el ejemplo de

conducción, si un peatón es atropellado mientras cruzaba la calle por la senda peatonal, entonces la responsabilidad de compensar recae sobre el conductor que lo atropelló, mientras que si cruzó por mitad de la calle, será la víctima quien asuma los costos.

6. 6. 5. Negligencia con defensa de negligencia contribuyente de la víctima (*negligence with defence of contributory negligence*)

Esta regla establece una condicionalidad regulada sobre ambos. Si la conducta del injuriante cumplió el mínimo legal ($x \geq XL$), entonces el daño lo asume la víctima, mientras que si no lo cumplió, pero la víctima a su vez incumplió el mínimo legal (si $x < XL$ y $y < YL$), igualmente el daño lo asume la víctima. El injuriante asumirá los costos generados por el accidente solo en el caso de que él no haya cumplido el mínimo legal, pero la víctima sí lo haya hecho (si $x < XL$ y $y \geq YL$).

Aplicado a un caso de tráfico, un conductor no tendrá que compensar por un accidente causado si conducía por debajo del límite de velocidad o si superó el límite, pero la víctima cruzaba la calle fuera de la zona peatonal, mientras que le corresponderá pagar la compensación por el daño causado si la víctima cruzaba por la zona peatonal.

6. 6. 6. Negligencia comparativa

Esta regla de responsabilidad establece que si el injuriante cumplió el mínimo legal ($x \geq XL$), entonces la víctima es responsable y asumirá el costo de los daños. Por el contrario, si no lo cumplió, mientras que la víctima sí lo hizo ($x < XL$ y $y \geq YL$), entonces los costos recaen sobre el injuriante. Pero, si ambos incumplieron el mínimo legal ($x < XL$ y $y < YL$), las pérdidas se reparten entre ambos en función del grado de negligencia.

6. 6. 7. Responsabilidad por fallo en auxiliar (mal samaritano)

Esta regla de responsabilidad surge históricamente del derecho consuetudinario. En general, los diversos sistemas legales no castigan al mal samaritano salvo en dos casos: el de la profesión médica y el de la profesión náutica. La profesión médica tiene la obligación de dar auxilio, vinculada al juramento hipocrático, mientras que la náutica tiene obligaciones de brindar auxilio relacionadas con el viejo derecho de mar (*admiral law*). En el código francés existe la obligación del buen samaritano para el ciudadano común, siempre y cuando la acción de ayuda no demande un costo relevante. También existen otros Estados que tienen leyes semejantes.

En nuestro derecho positivo, este tema está regulado por el Código Penal que establece la figura delictiva del abandono de persona.

Artículo 106. El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

Artículo 108. Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

6.7. Análisis de las reglas de responsabilidad

A través de la aplicación de un simple modelo, se intentará definir cuál es el nivel de precaución y actividad eficientes, es decir, los que minimizan el costo social. Este ejercicio permitirá comparar las soluciones que emanan de la aplicación de cada regla de responsabilidad con la conducta que conduce al óptimo social.

El ejercicio parte del supuesto fuerte de que el nivel de precaución óptimo es igual al mínimo legal $x_0 = x_L$ y $y_0 = y_L$. Siendo:

- I: injuriante.
- X: nivel de precaución del injuriante.
- Y: nivel de precaución de la víctima.
- V: víctima.
- S: nivel de actividad del injuriante (I).
- T: nivel de actividad de la víctima (V).
- s^* y t^* : el nivel de actividad óptimo elegido privadamente por el injuriante y la víctima respectivamente.
- P: probabilidad de ocurrencia del daño.
- C: función de costo privado del injuriante.
- D: función de costo privado de la víctima.

El modelo se basa en las siguientes funciones. La primera define la utilidad de las partes, injuriante y víctima, como una función de sus niveles de actividad (T y S). Presupone que, mientras mayor sea el nivel de actividad, mayor será la felicidad de las partes. La segunda establece las

funciones de costo privado, que aumenta con el nivel de precaución y de actividad de cada parte. Esto implica que, así como el nivel de actividad está asociado positivamente a un costo (por ejemplo, el del combustible), el nivel de precaución también demanda un costo (por ejemplo, el tiempo perdido por conducir a menor velocidad o por cruzar las aceras en los pasos peatonales en lugar de hacerlo en diagonal atravesando la calle). La última función propone una sencilla relación que explica la pérdida social esperada para la sociedad (L), que es la función objetivo a minimizar. Esta depende de la probabilidad de que se produzca el daño (p) y de los niveles de precaución y de actividad de las partes. El costo agregado social será igual a la suma del costo privado y la pérdida social de la misma forma que el costo agregado marginal equivaldrá a la sumatoria del costo privado marginal y la pérdida social marginal.

Tabla 6. 3. Función de utilidad, costo y pérdida social

	Injuriante (I)	Víctima (V)
Función de utilidad	I: $U(S^*)$	V: $U(T^*)$
Función de costo	I: $C=C(S,X) \quad C_s > 0, C_x > 0$	V: $D(T,Y) \quad D_t > 0, D_y > 0$
Pérdida social esperada	$L=L(S,T,X,Y) \cdot P$ donde $L_s, L_t > 0$ y $L_x, L_y < 0$	

La utilidad de la víctima, $U(V)$, y la del injuriante, $U(I)$, tienen las propiedades habituales: son positivas, pero crecen a tasa decreciente, por lo que la curva de utilidad marginal es negativa. Esto significa que la satisfacción que brinda una actividad es positiva, pero decrece a medida que aumenta la actividad. En otras palabras: la utilidad se deriva del nivel de actividad solamente y refleja la relación que existe entre la actividad y la producción, que puede traducirse en consumos y, así, en utilidad de acuerdo a la teoría neoclásica estándar.

Los costos privados están vinculados con las dos variables: el nivel de precaución y el nivel de actividad. Ambas funciones son crecientes, es decir, los costos privados crecen con el nivel de actividad y de precaución. Podemos ejemplificar los costos asociados al nivel de actividad como costos de combustible, desgaste de vehículos, horas extras y todo aquel que se vincule con la actividad del injuriante y la víctima. Los costos asociados al nivel de precaución pueden ejemplificarse con el tiempo perdido para tomar las precauciones necesarias, entre otros.

La función de pérdida social esperada representa las pérdidas que en promedio tendrá la sociedad ante cada decisión de nivel de actividad y precaución de la víctima y el injuriante. Para ambos, a cada nivel de

actividad y precaución le corresponde una pérdida social que tiene una probabilidad de ocurrencia, por eso se denomina *esperada*. Así, la pérdida social será igual a L , donde $L(S,T,X,Y)$ es la pérdida social que ocurriría si el evento tuviese lugar y p es la probabilidad de ocurrencia del evento. Por conveniencia expositiva, esta p no se incluye en el análisis. De todos modos, esta alternativa no afecta los resultados obtenidos ya que es una variable que viene dada, en el sentido de que existe una probabilidad asociada a cada nivel de NP y NA.

6. 8. ¿Cómo se define el óptimo social?

El paso siguiente consiste en definir una función de bienestar social (w) que depende positivamente de la utilidad y negativamente del costo privado y la pérdida social esperada. La maximización de esta función de bienestar nos brindará las condiciones que deben alcanzar las variables analizadas para alcanzar el nivel óptimo de bienestar social.

$$\text{Max } w(S,T,X,Y) = \{U(S)+V(T)-C(S,X)-D(T,Y)-L(S,T,X,Y)\}$$

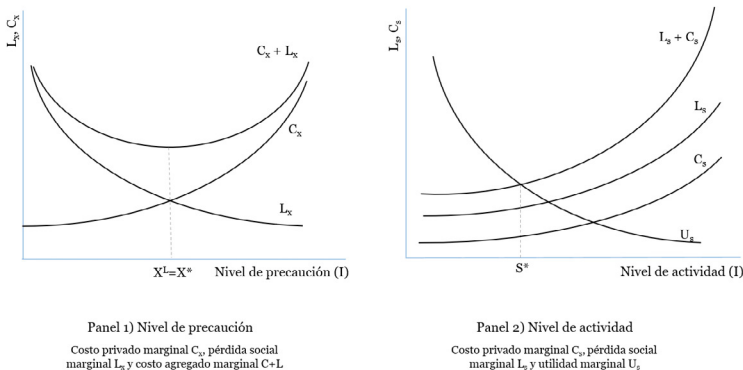
Aplicando las reglas de optimización, igualando $w=0$ y derivando respecto a cada variable, se alcanzan las siguientes condiciones de primer orden (CPO):

- (1*) $U_s = C_s + L_s$
- (2*) $V_t = D_t + L_t$
- (3*) $-L_x = C_x$
- (4*) $-L_y = D_y$

Los subíndices indican que las condiciones de primer orden halladas están expresadas en términos marginales. Así, U_s , C_s y L_s representan la utilidad marginal, el costo privado marginal y la pérdida social marginal derivadas del nivel de actividad del injuriante (s). Igualmente, V_t , D_t y L_t representan la utilidad marginal, el costo privado marginal y la pérdida social marginal derivadas del nivel de actividad de la víctima (T). L_x y C_x , la pérdida social y el costo privado marginal derivados del nivel de precaución del injuriante. Por su lado, L_y y D_y se refieren a la pérdida social y el costo privado marginales derivados del nivel de precaución de la víctima.

De estas condiciones se desprenden s^* , T^* , Y^* y X^* , que son los niveles óptimos sociales. La figura 6.2 muestra cuáles serían las conductas óptimas en cuanto a precaución y actividad que deberían tener la víctima y el injuriante para alcanzar el óptimo social.

Figura 6.2. Nivel óptimo social de precaución y de actividad del injuriante



En el panel 1 se muestra la curva del costo privado de la precaución marginal (C_x), es decir, el costo de aumentar en una unidad la precaución, que tiene una trayectoria positiva bajo el supuesto de que los costos de la precaución son crecientes; también se observa la curva descendente que muestra la pérdida social marginal (L_x), que naturalmente disminuye con el incremento de la precaución. Es decir que esforzarse en una unidad adicional de precaución genera cada vez menos beneficio social y más costo de precaución. La curva en forma de campana invertida muestra la suma de ambas curvas, es decir, el costo agregado de la sociedad derivado de cada nivel de precaución, que tiene una forma cuadrática de la que es posible derivar el mínimo u óptimo social de precaución (x^*). Ahora bien, esta es una curva teórica y aquí suponemos que el mínimo legal de precaución x_L es igual al óptimo social x^* .

El panel 2 muestra el nivel de actividad óptimo para el injuriante – que surge del contraste entre los beneficios marginales decrecientes del nivel de actividad (U_s) y los costos marginales crecientes de la actividad (C_s)– y las pérdidas sociales marginales que también son crecientes (L_s). El bienestar social se alcanzará cuando se maximice el bienestar social marginal derivado de la actividad del injuriante: en la intersección de las curvas que representan los dos costos marginales (el del injuriante y el de la pérdida social) y el beneficio marginal del injuriante. Las pendientes de estas curvas señalan que, a medida que el injuriante sube una unidad de actividad, sus costos privados aumentan mucho, sus beneficios crecen poco y la pérdida social crece mucho.

6.9. Bienestar social y reglas de responsabilidad

Como no existe una sociedad en la que el injuriante y la víctima sean la misma persona –y es difícil creer que una sociedad podría generar un nivel de coordinación social entre los potenciales injuriantes y víctimas tan elevado como para emular esta conducta–, sabemos *a priori* que las conductas privadas no necesariamente serán iguales a las que conducen al bienestar social. A continuación, se analizarán las soluciones en términos del nivel de precaución y de actividad del injuriante y de la víctima que se generan con cada regla de responsabilidad. De esta manera es posible comparar la conducta que estimula cada regla con la conducta que conduce al óptimo social. Asimismo, podremos comprobar que las conductas óptimas para cada parte (víctima e injuriante), que se derivan de todas las reglas de responsabilidad, no conducen al máximo bienestar social.

Se hará una evaluación de los resultados en términos de bienestar derivados de cada regla de responsabilidad. El ejercicio consiste en deducir, de las funciones de utilidad de la víctima y el injuriante, la conducta que adoptarán bajo los incentivos que genera cada regla de responsabilidad.

6.9.1. No responsabilidad

La función de utilidad que maximiza el injuriante es:

$$I: \text{Max } \{U(s) - C(s, x)\}$$

y las condiciones de primer orden (CPO) que se obtienen de la maximización:

- (1) $U'_s = C'_s$
- (2) $-C'_x = 0$

La condición (1) indica que lo único que limita el nivel de actividad del injuriante son los propios costos (los privados) derivados de su actividad. En contraste con el óptimo social que obtuvimos en la ecuación (1*), el nivel de utilidad del injuriante bajo la regla de no responsabilidad es mayor porque la condición (1) no incluye la pérdida social (L_s) que genera su actividad.

De la condición (2) se obtiene que su nivel de precaución es cero como consecuencia de que no asume los costos del daño que ocasione. Se obtiene una solución de esquina, dada porque el costo marginal del daño que ocasiona también es cero.

La función de utilidad que maximiza la víctima es:

$$V: \text{Max } \{V(T)-D(T,Y)-L(S,T,X,Y)\}$$

y las condiciones de primer orden (CPO) que se obtienen de la maximización son:

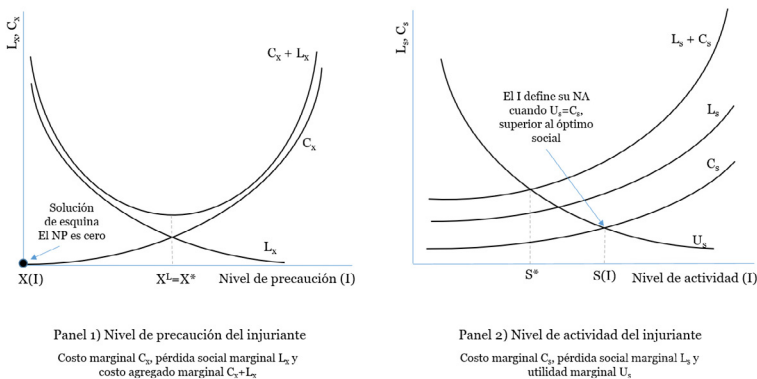
- (1) $V_t = D_t + L_t$
- (2) $-L_y = D_y$

De acuerdo con estas condiciones, la víctima optimizará su bienestar cuando iguale el beneficio marginal que le produce su nivel de actividad con los costos marginales que están compuestos por los costos propios marginales derivados de ese nivel más los costos sociales, que en este caso serán asumidos estrictamente por él mismo (condición 1). De la ecuación (2), se obtiene que esta asumirá un nivel de precaución equivalente a la pérdida social marginal. Se observa que las condiciones (1) y (2) son iguales a las de (1*) y (2*), indicando que la conducta de la víctima coincide con el óptimo social.

En resumen, en contraste con la conducta social óptima que obtuvimos en la sección anterior, el nivel de actividad del injuriante es superior al óptimo ($s \geq s^*$) y su nivel de precaución es menor al óptimo social ($x < x^*$).

Así, bajo la aplicación de esta regla, solo la víctima adoptará la conducta socialmente óptima, no así el injuriante.

Figura 6. 3. Comparación entre la regla de no responsabilidad y el óptimo social



6.9.2. Responsabilidad estricta

La función de utilidad que maximiza el injuriante es:

$$I: \text{Max } \{U(S) - C(S, X) - L(S, T, X, Y)\}$$

y las condiciones de primer orden (CPO) que se obtienen de la maximización:

- (1) $U_s = C_s + L_s$
- (2) $-L_x = C_x$

La condición (1) indica que el injuriante asume todos los costos sociales derivados de su nivel de actividad, mientras que la (2) señala que su nivel de precaución es equivalente a la pérdida social que genere. Las condiciones (1) y (2) son iguales a la (1*) y (3*), mostrando que la conducta del injuriante bajo esta regla de responsabilidad es equivalente a la óptima.

La función de utilidad que maximiza la víctima es:

$$V: \text{Max } \{V(T) - D(T, Y)\}$$

y las condiciones de primer orden (CPO) que se obtienen de la maximización:

- (1) $V_t = D_t$
- (2) $-D_y = 0$

Las condiciones (1) y (2) son diferentes a las (2*) y (4*), que señalan el óptimo social. Al ser liberada de la responsabilidad, la conducta de la víctima se distancia del óptimo, ya que no asume la pérdida social generada por su nivel de actividad ni por su falta de precaución.

En resumen,

- Injuriante I: $s < s^*$ y $x > x^*$
- Víctima V: $t > t^*$ y $y < y^*$

Bajo la aplicación de esta regla se alcanza una solución inversa al caso anterior, solo el injuriante adoptará la conducta socialmente óptima. Al contrario, la víctima será poco cauta y tendrá un nivel de actividad mayor ($t > t^*$) y un nivel de precaución menor ($y < y^*$).

6.9.3. Negligencia simple

El injuriante enfrenta dos funciones de utilidad en función del nivel de precaución que elija: menor ($x < x_L$) o superior ($x \geq x_L$) al mínimo legal.

$$I: \text{Max } \{U(S)-C(S,X)-L(S,T,X,Y)\} \text{ si } X < XL$$

Max $\{U(S)-C(S,XL)\}$ si toma $X \geq XL$ el NP supera el mínimo legal.

Se derivan, en consecuencia, dos pares de condiciones de primer orden:

CPO si $X < XL$:

- (1) $U_s = C_s + L_s$
- (2) $-L_x = C_x$

CPO si $X \geq XL$:

- (3) $U_s = C_s$
- (4) $-C_x = 0$

Las condiciones halladas (1) y (2) son iguales a las (1*) y (3*), lo que indica que se alcanza la conducta socialmente óptima. Mientras que, cuando el nivel de precaución es superior al legal, no se alcanza el óptimo social y se aplica el mismo análisis que en la regla de no responsabilidad. En efecto, las condiciones (3) y (4) son diferentes de (1*) y (3*), mostrando que el causante no asume las pérdidas sociales derivadas de su actividad y, en consecuencia, tendrá un mayor nivel de actividad que el óptimo. En otras palabras, una vez que ha alcanzado un nivel de precaución mínimo legal ya no tiene en consideración las pérdidas sociales que genera su nivel de actividad y solamente tiene en consideración los costos propios que esta le genera.

La función de maximización de la utilidad de la víctima es la siguiente:

$$V: \text{Max } \{V(T)-D(T,Y)-L(S,T,XL,Y)\}$$

y las condiciones de primer orden (CPO) que resultan:

- (1) $V_t = D_t + L_t$
- (2) $-L_y = D_y$

Las condiciones (1) y (2) son iguales a (2*) y (4*), mostrando que la víctima asume una conducta socialmente óptima.

En resumen, no se alcanza el óptimo social en la conducta del injuriante, quien minimiza sus costos eligiendo el nivel de precaución legal, pero asume un mayor nivel de actividad, mientras la víctima se comporta de modo que se maximiza el bienestar social:

Injuriante I: $S > S^*$ y $X = XL = X^*$

Víctima V: $T = T^*$ y $Y = Y^*$

6. 9. 4. Responsabilidad estricta con defensa de negligencia contribuyente de la víctima

La función de utilidad que debe maximizar el causante es:

$$I: \text{Max } \{U(S) - C(S, X) - L(S, T, X, YL)\}$$

de la que se derivan las siguientes condiciones de primer orden (CPO):

- (1) $U_s = C_s + L_s$
- (2) $-L_x = C_x$

Si el nivel de precaución de la víctima alcanza el mínimo legal, la responsabilidad recae sobre el injuriante. En consecuencia, este tiene incentivos para asumir en su función objetivo a los costos derivados de la pérdida social. Así, siempre que el nivel de precaución de la víctima alcance el mínimo ($Y \geq YL$), se alcanzará el óptimo social. Si, por el contrario, el nivel de precaución de la víctima es menor, el resultado de la regla se aleja del óptimo. Por ejemplo, bajo esta regla un conductor de automóvil tiene incentivos para elevar su precaución frente a los vian-dantes cuando se aproxima a las esquinas y pasos peatonales, mientras que no tiene incentivos para prestarles atención en el resto del trazado de una calle, ya que si llegasen a cruzar por el lugar inadecuado (adop-tando un nivel de precaución inferior al mínimo legal) y fuesen atropellados, el conductor no tendría que asumir ninguna responsabilidad por el hecho. Se observa que la conducta del injuriante es óptima bajo esta regla de responsabilidad dado que las ecuaciones (1) y (2) son igua-les a (1*) y (3*).

La víctima enfrenta dos funciones de utilidad según si adopta un ni-vel de precaución inferior o superior al mínimo legal:

$$V: \text{Max } \{V(T) - D(T, Y) - L(S, T, X, Y)\} \text{ si } Y < YL$$

$$\text{Max } \{V(T) - D(T, YL)\} \text{ si } Y \geq YL$$

De aquí se derivan cuatro condiciones de primer orden:

Las CPO si la precaución es inferior al mínimo legal ($Y < YL$):

- (1) $V_t = D_t + L_t$
- (2) $-L_y = D_y$

Si el nivel de precaución de la víctima es superior al mínimo legal ($Y \geq YL$), las CPO son las siguientes:

- (3) $V_t = D_t$
- (4) $-D_y = 0$

La víctima se limita a cumplir el estándar legal, tras lo cual ya no asume una conducta cauta y mantiene un nivel de actividad superior al óptimo mientras que, por el contrario, es cauta cuando lo incumple. Se puede decir que la víctima no adopta un nivel de actividad socialmente óptimo cuando cumple con el mínimo legal, como surge al constatar la diferencia entre las ecuaciones (3) y (4) con las (2*) y (4*). Por el contrario, cuando no cumple el mínimo legal, sí adopta un nivel de actividad adecuado: las ecuaciones (1) y (2) son iguales a las (2*) y (4*).

Por ejemplo, un peatón presta suficiente atención y espera que pasen los autos cuando cruza la calle por un lugar no reglamentario; mientras que, si lo hace por el paso peatonal, ya no se detendrá ni prestará suficiente atención (no reducirá su nivel de actividad) confiando en que los conductores –al ser quienes asumirán la responsabilidad en caso de accidente– serán cuidadosos y respetarán su derecho a avanzar. De igual forma, un conductor avanza cuando el semáforo está en verde confiando en que ningún vehículo ignorará el semáforo en rojo y se cruzará en su camino, pero si avanza cuando el semáforo está en rojo, prestará más atención a que no haya vehículos que puedan atravesarse en su camino, porque será su responsabilidad en caso de accidente.

En resumen:

Injuriante I: $s=s^*$ y $x=x^*$

Víctima V: $t>t^*$ y $y=y^*=yL$

El resultado de esta regla es que el nivel de actividad de la víctima es superior al socialmente óptimo.

6. 9. 5. Negligencia con defensa de negligencia contribuyente de la víctima y negligencia comparativa

La decisión de cada uno depende de la que tome el otro. A ambos, víctima e injuriante, les conviene posicionarse sobre el mínimo legal. La resolución de estos casos es más estratégica, depende de las consideraciones de cada uno sobre la conducta del otro. Ninguna de las dos reglas alcanza el óptimo social.

6. 10. Cuando no existe un diseño óptimo

En algunas ocasiones podemos argumentar que las sociedades no logran soluciones óptimas debido a problemas de diseño institucional. Un ejemplo de ello es el derecho de propiedad. Entonces, basta con reformar

el diseño institucional para que la sociedad funcione de manera óptima. No obstante, este no es el caso del derecho de daños que establece reglas de distribución de responsabilidad en caso de accidentes.

Como hemos visto, ninguna regla de responsabilidad genera los incentivos apropiados para la víctima y el injuriante a la vez, y es por esta razón que existe una crisis en el sistema legal de accidentes y un enorme mercado de seguros. Podemos arriesgar que no existe un diseño institucional que sea capaz de lograr un comportamiento óptimo de todas las partes intervinientes.

El análisis aumenta en complejidad cuando aumentamos en realismo. En efecto, si asumimos que existen costos administrativos derivados de la aplicación de cada regla, entonces se hallan diferencias sustanciales. Por ejemplo, las reglas de no responsabilidad (6.6.1.) y de responsabilidad estricta (6.6.2.) no generan costos administrativos mientras que el resto sí lo hace. A su vez, las reglas de negligencia con defensa de negligencia contribuyente de la víctima (6.6.5.) y de negligencia comparativa (6.6.6.) generan costos administrativos aún mayores, por lo tanto, si elegimos entre estas y la regla de negligencia simple (6.6.3.) –las tres reglas de negligencia–, que obtienen básicamente el mismo resultado en términos de incentivos a la conducta, en principio parece más conveniente aplicar la regla de negligencia simple porque, a diferencia del resto, no añade costos administrativos.

Conclusiones

La ley establece el marco de la interacción humana. El derecho se refiere a la regulación de la interferencia entre las personas. Cuando se analiza el objeto de estudio de la ciencia jurídica, se dice que el derecho estudia la conducta del hombre, pero no cualquier conducta sino aquella que se encuentra en relación con otras personas. En otras palabras, resulta irrelevante para el orden jurídico la conducta del hombre aislado. Tampoco es relevante toda conducta que realiza una persona en relación con otra, sino que se requiere, además, que sea posible, ya que al orden jurídico no le interesa ni se detiene en conductas imposibles. Por último, se necesita que la conducta adoptada se origine en la decisión de la persona que actúa, es decir, la conducta es trascendente para el derecho en la medida que ella surja de la decisión del actor. Es decir, la responsabilidad jurídica de los individuos se construye esencialmente sobre la posibilidad de elegir. Somos responsables de lo que hacemos, precisamente, porque elegimos hacerlo. Si no existiera esta instancia de elección, no cabría hablar de responsabilidad alguna.

Hemos observado a lo largo de este libro que las conductas humanas persiguen, entre otros objetivos y de manera más o menos notoria, dos aspectos centrales: la justicia en las relaciones sociales y la eficiencia en el manejo de los recursos.

En el capítulo 2, cuando analizamos el objeto de estudio del análisis económico del derecho, planteamos:

En conclusión, la realización de lo justo –como idea central del orden del derecho– y de la eficiencia –como sustento de la economía– deben encontrarse y potenciarse en la consolidación del bien común, ya que tanto una solución que se pretende justa pero ineficiente como una solución que se pretende eficiente pero injusta, son contradicciones intolerables que se manifiestan como una antinomias o paradojas.

El vocablo *igualdad*, que se popularizó con la Revolución francesa, hace referencia a la exigencia de igual trato frente a la ley. Si bien los vocablos *igualdad* y *equidad* con frecuencia son tratados como sinónimos, el concepto de *equidad* está semánticamente unido al de *justicia* y este, a su vez, se relaciona con el de *trato desigual de los desiguales*.

Una antigua definición de *justicia* dice que justo es tratar igual a aquellos que son iguales y se encuentran en igual situación. Lo que es

lo mismo decir que justo es tratar de manera desigual a aquellos que son desiguales. Esta definición permite comprender el tratamiento desigual que el orden jurídico establece para el trabajador con respecto a su empleador o el instituto de la capacidad, con toda su estructura de protección a los incapaces. Ya que si simplemente se iguala aquello que naturalmente es desigual, el resultado de esta ecuación es, necesariamente, una desigualdad mayor.

Pero esta definición de justicia no está completa, ya que no basta tratar igual a los iguales y de manera desigual a los que son desiguales. Por ejemplo, cuando la mujer no ejercía derechos políticos, el derecho de aquel momento no violaba nuestra definición, ya que trataba de manera igual a los que son iguales. Es decir, la mujer no votaba, ninguna lo hacía. Ahora todos comprendemos sin dificultad que esta solución es esencialmente injusta, entonces debemos preguntarnos dónde falla nuestra definición. El error se produce porque se permite la existencia de un trato desigual allí donde no lo ha puesto la naturaleza de las cosas. La naturaleza de las cosas se refiere, precisamente, a los datos esenciales de su forma de ser, de su existencia, de manera tal que manifiesta por sí misma cierta legalidad propia e ínsita en las cosas mismas, que el derecho sólo debe reconocer y respetar. Así, el sexo es irrelevante para el ejercicio de los derechos políticos, pero no para determinar las licencias por maternidad o paternidad. En consecuencia, nuestra definición debe decir: *justicia* es tratar igual a aquellos que son iguales, evitando discriminaciones que no surgen de la naturaleza misma de las cosas.

Si tratáramos igualmente a los desiguales, estaríamos cometiendo una injusticia y, por cierto, los jueces que administran la justicia deben tener en cuenta estas desigualdades. Si no fuese así, no necesitaríamos jueces, simplemente se requeriría una computadora. La esencia misma de la equidad implica la rectificación de la norma cuando por su carácter universal se muestra insuficiente para atender las desigualdades personales. La ley tiene necesariamente un carácter general y, por lo tanto, a veces demuestra ser imperfecta o de difícil aplicación frente a casos particulares. En tales casos, la equidad interviene para juzgar, no a partir de la ley, sino a partir de la justicia que la misma ley está dirigida a realizar.

La equidad entonces es un concepto que contiene la igualdad pero no a la inversa: «La equidad gestiona la igualdad al servicio de un objetivo de sociedad más justa» (Serrano Mansilla, 2012, p.15). Si las condiciones de partida son muy diferentes –debido a fenómenos acumulativos de reproducción de la riqueza, de discriminación o de desigualdad de ingresos y de distribución de servicios públicos como educación y salud– la igualdad no conducirá a una sociedad más justa. La equidad, por el contrario, se compromete con la justicia social,

la justicia distributiva. Bajo este criterio, el concepto de igualdad de oportunidades alcanza su potencial, porque esta solo se logrará si hay equidad en los puntos de partida.

En el lema de la Revolución francesa *libertad, igualdad y fraternidad*, los conceptos de *igualdad* y *libertad* nunca estuvieron aislados, sino bien acompañados por el principio de *fraternidad*. Esa fraternidad –el principio olvidado de la Revolución francesa, al decir de Antonio Doménech (2004)– es el valor fundamental que le da sentido a los otros dos, porque es el principio de responsabilidad y compromiso con la comunidad –con los conciudadanos–, sin el cual la libertad y la igualdad no tendrían sentido ni contribuirían al bien común.

Libertad sin fraternidad degenera en la libertad de hacer lo que se quiere sin cuidar los efectos sobre los demás, por ejemplo, en el ideal liberal de libertad prevalece la libertad del mercado sin que importen las consecuencias sobre el bien común. En la misma línea, igualdad sin fraternidad degenera en el concepto de que todos, incluso los desiguales, son iguales ante la ley, en consecuencia, se podría considerar en igualdad de condiciones a los trabajadores y los empresarios, como si el contrato de trabajo fuese una compraventa ordinaria, o incluso tratar judicialmente a los consumidores y grandes empresarios como si tuviesen el mismo poder de negociación.

En este sentido, se afirma que el principio económico de eficiencia y la construcción social de justicia pueden no conducir a las mismas conclusiones y recomendaciones. De ser este el caso, el principio de justicia debe prevalecer. La justicia como construcción social ha de ser el marco sobre el que actúe la eficiencia económica.

Los principios de justicia y eficiencia con frecuencia coinciden en sus conclusiones, sin embargo, cuando no lo hacen involucran una paradoja inestable –imposible de sostener moral, política y socialmente– que, en términos normativos, debería resolverse a favor de la justicia o, de lo contrario, desencadenar una evolución en el concepto de esta.

¿Puede existir justicia sin eficiencia? ¿Eficiencia sin justicia? El principio de justicia puede contradecir al de eficiencia y, cuando así sea, cada sociedad debe valorar y definir políticamente cuánta ineficiencia está dispuesta a tolerar con el fin de lograr su objetivo de justicia.

Aquellos que consideran que la justicia y la eficiencia pueden entrar en contradicción argumentan, por ejemplo, que la democracia involucra costos económicos –como los gastos electorales, de redistribución, el gasto público y los salarios de representantes, entre otros–, sin embargo, las sociedades deciden asumirlos porque optaron por esa forma de gobierno en lugar de otras (y también porque la democracia como instrumento de representación de las mayorías conduce a la eficiencia).

Así, si una comunidad rechaza la innovación tecnológica –como lo hicieron los luditas frente a los primeros telares en la Inglaterra decimonónica– los costos en términos de eficiencia serían demasiado altos y, sin duda, con el decurso del tiempo esa preferencia política perdería hegemonía y la comunidad la cambiaría al considerarla un privilegio injusto o perjudicial para la comunidad. Si una sociedad opta por el camino de la eficiencia, favoreciendo los intereses corporativos a costa del bienestar ciudadano, sin duda, más temprano que tarde tendrá que asumir los costos políticos de parte de la ciudadanía desencantada. Así, justicia y eficiencia no tienen una interacción estática, por el contrario, evolucionan en un inestable equilibrio que siempre se dirige políticamente con la confluencia de intereses y fuerzas políticas, económicas y sociales.

Desde otra óptica, podemos preguntarnos qué respuesta debe dar la sociedad, por ejemplo, frente a la discapacidad de alguno de sus integrantes. ¿Alguien con fundamento puede argumentar que es más eficiente abandonarlo que protegerlo? O ¿quién puede negar que sea mucho más eficiente (y, naturalmente, más justo) prevenir la enfermedad que curarla? O ¿puede alguien dudar de que resulta más eficiente para las personas el acceso a una dieta alimentaria adecuada antes que el hambre? Y, por supuesto, que también resulta más justo.

O acaso, ¿podemos afirmar que robar o estafar es una conducta racional, maximizadora y eficiente? O, frente a la crisis del sistema previsional, ¿resulta eficiente abandonar, matar o excluir a los mayores de ochenta años a fin de evitar el colapso del sistema?

Podemos continuar con este ejercicio hasta agotar nuestra imaginación sobre conductas sociales. En todas ellas veremos no solo que eficiencia y justicia se encuentran en la misma solución, sino que entre ellas surgen una potenciación y sinergia tales que las hace esenciales en la construcción social.

En resumen, sea como fuere, la idea que nos interesa resaltar consiste en la posibilidad de analizar las normas jurídicas desde la eficiencia en el logro del resultado que se busca. En este sentido, el análisis económico del derecho estudia el impacto de las normativas sobre la eficiencia y este conocimiento previo es un saber que permite al legislador mejorar el diseño y orientación de la conducta normada.

La realización de la solución justa, para el caso concreto, puede lograrse desde distintos caminos y el AED puede permitirnos llegar a la justicia desde el planteo más eficiente. De manera tal que acceder a la solución justa desde la visión del derecho, y óptima desde la perspectiva económica, implica acceder a ella al menor costo posible, evitando el despilfarro de los recursos.

La idea central del AED se sustenta en que para comprender cabalmente las instituciones jurídicas no basta el concepto de justicia, sino que deben, además, considerarse los efectos económicos que las diversas normas provocan en la comunidad, con intención o sin ella. La proposición de que las normas jurídicas tienen consecuencias económicas, y que es conveniente conocerlas en detalle al diseñar la norma, se sostiene en que estas crean costos y beneficios, en forma directa y visible o indirecta y oculta. A la vez, estas consecuencias pueden alterar la respuesta de los agentes de forma tal que el resultado final de la aplicación de la normativa puede incluso ir en contra del propósito inicial que la fundamentó.

En este sentido, cuando el legislador establece cierto monto de multa para aquel que estaciona su vehículo en un lugar prohibido, lo que busca es que no se estacione en ese lugar. Es decir, se pretende construir un elemento disuasorio efectivo ante una conducta no deseada y no un mecanismo para allegar fondos a las arcas estatales. La norma tendrá más éxito mientras menos recaude. En este caso, la multa debe ser de tal magnitud que logre el objetivo buscado, que es disuadir. Con la misma orientación debe comprenderse, por ejemplo, gravar con un impuesto especial la compra de autos importados: no se busca recaudar, sino disuadir estas compras. Del mismo modo, no se busca recaudar con un impuesto específico aplicado sobre bienes urbanos ociosos, sino la adecuada utilización del bien urbano, conforme a su destino.

En un mundo en el que los recursos escasos se enfrentan a necesidades ilimitadas y en crecimiento permanente, la asignación eficiente, orientada a una solución adecuada conforme a la naturaleza propia de la conducta legislada, implica a su vez el acceso a una porción mayor de justicia. Así, válidamente, podemos afirmar que la mala utilización o asignación ineficiente de los recursos disponibles realizada por una norma determina su calificación como injusta porque, en más o menos tiempo, redundará en menor bienestar para la población.

El concepto de eficiencia necesita del principio de justicia para completarse; tal como lo definimos hoy, este es trunco, porque solo considera un horizonte temporal muy próximo, inmediato y cortoplacista. La eficiencia en la asignación de recursos puede conducir, por ejemplo, al monocultivo y, en el futuro, a la inseguridad alimentaria; también a la pobreza y, luego, al hambre, la inseguridad y la falta de trabajadores capacitados; o a la sobreexplotación de recursos fósiles y minerales y, más adelante, al agotamiento de esos recursos estratégicos.

El concepto de *justicia* resulta útil para complementar el de *eficiencia en la asignación de recursos* porque involucra un mínimo criterio de responsabilidad intergeneracional. O acaso, ¿alguien puede calificar como justa una producción que no es sustentable, pero es eficiente porque permite

una renta extraordinaria del capital invertido? Este criterio de eficiencia sería muy reducido ya que no incorpora en su análisis el daño que ocasiona a la humanidad hoy y en lo sucesivo. La eficiencia, así entendida, solo genera réditos ficticios y aparentes que, a lo sumo, redundan en beneficios para una generación. Al incorporar el criterio de justicia, el concepto de eficiencia se enriquece porque involucra también a las generaciones futuras, algo que difícilmente podría tener en cuenta el concepto de eficiencia liberal para el que predomina la visión cortoplacista.

Resulta notorio que en el proceso de debate, sanción y promulgación de una norma concreta también intervienen intereses ajenos a los principios de eficiencia o justicia –como la opinión pública, grupos económicos o intereses corporativos– y, de este modo, la discusión legislativa, el estudio previo del poder ejecutivo ante la sanción de un decreto o el dictado de una sentencia por parte del juez no necesariamente se recuestan sobre un análisis basado en criterios de eficiencia y justicia. Asimismo, el principio de eficiencia no solo tiene un corto alcance temporal al no incorporar el paso del tiempo y los efectos intergeneracionales, sino que también tiene un corto alcance geográfico.

En efecto, este concepto no tiene en cuenta elementos tales como la distribución geográfica de los efectos de determinada asignación de recursos. En aras de la eficiencia, por ejemplo, la globalización ha abierto los mercados del mundo e impulsado la deslocalización de empresas que buscan disminuir los costes salariales y aumentar la escala productiva. Los efectos directos son una distribución muy desigual en el planeta de las capacidades fabriles y, por lo tanto, de la posibilidad de generar empleos y bienestar a la población. Si ampliamos el concepto de eficiencia, junto con el de justicia, en sentido universal –es decir, donde la fraternidad no involucra solamente al hermano, al vecino o al compatriota, sino a todos los seres humanos–, este nuevo concepto de eficiencia internacional ya no consideraría como tal al modelo de asignación de recursos que propone la globalización vigente.

Lo que el AED propone, sin perjuicio de los diversos caminos que la realidad puede tomar, es utilizar el conocimiento y las técnicas de la ciencia económica para predecir, con la mayor precisión posible, las consecuencias que puedan generar las distintas alternativas jurídicas sobre una misma cuestión. De manera tal que la elección normativa recaiga en aquella que garantice la forma más eficiente, sin perjuicio, de preservar la solución justa.

Queda claro –como hemos visto en los capítulos anteriores– que una norma jurídica afecta con su aplicación no solo al mundo jurídico, sino a lo más profundo de la sociedad. Así, una norma sobre reparación de daños determina una específica distribución de costos en la comunidad,

cargando con ellos más a unos que a otros. Corresponde entonces preguntarse si el reparto de costos es justo, y además eficiente, con relación al fin perseguido, que no puede ser otro que la realización del bien común.

El derecho no puede permitirse la fatua y vana convicción de reducir el ser humano a un *homo economicus* y a la comunidad a un mercado, donde los principios y valores políticos y jurídicos sobre los que se construye la sociedad son racionalizados y estructurados sobre la lógica del egoísmo individual, minimizando y desnaturalizando otros aspectos fundamentales que hacen a la existencia del hombre y de la comunidad, construida a los fines de su propia perfección.

Sin duda, la eficiencia y la racionalidad son aspectos esenciales al momento de determinar una conducta deseada; por eso, no debería haber contradicción entre la conducta establecida con justicia por un sistema de repartos y la consecución de una conducta eficiente y racional. Cuando el derecho establece un orden de repartos, lo hace pretendiendo en los individuos conductas que resulten eficientes y racionales, pero también pretende la construcción y realización de ciertos valores vivos en la conciencia colectiva, o pareceres, o creencias, o convicciones comunes de los integrantes de la sociedad.

Así, por ejemplo, si una sociedad logra una mayor seguridad –entendida como la ausencia de conductas criminales, o una mayor protección a la vejez, la niñez o la familia–, a su vez, logra la interpolación de una mayor justicia en las relaciones sociales en su realidad concreta. Lo mismo puede predicarse de una sociedad que logra realizar un mayor respeto a la diversidad, ya que también logra una mayor realización de la justicia, y así sucesivamente.

Los ejemplos pueden multiplicarse ya que el reconocimiento de los derechos actúa como una espiral en cuyo centro se encuentra el valor justicia, y con cada vuelta se logra un mayor reconocimiento y realización de su propio centro, que es la justicia. Cada nuevo derecho develado por la humanidad en su devenir evolutivo implica una mayor realización de la justicia. En este sentido, los clásicos designaban a la justicia como valor de valores. Así, una sociedad más pacífica, más igualitaria o más eficiente es a su vez una sociedad más justa. Por esta razón, la sociedad no puede ser reducida simplemente a un vasto mercado regulado por la oferta y la demanda y donde las interferencias intersubjetivas se gobiernan por el egoísmo y la racionalidad económica, principalmente, porque el hombre pretende realizar la justicia en su sociedad.

En su versión más simplificada, podemos entender que el derecho es un orden de reparto que, precisamente, distribuye entre los miembros del grupo social las cargas y los beneficios que surgen de la vida en común. En esa ingeniería social hay dos aspectos que deben imbricarse íntimamente:

uno, ¿hacia dónde vamos o qué queremos?, y el otro, ¿cómo hacemos para orientar el proceso social exactamente hacia el lugar que queremos? En el primero necesitamos de la justicia, en el segundo, de la eficiencia.

Listas de referencias

Lista de fuentes documentales

- Código Aduanero. (1981, 2 de marzo). *Boletín Oficial de la República Argentina*. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16536/Ley22415_Titulo_preliminar.htm
- Código Civil de la Nación. (1869, 25 de septiembre). *Registro Nacional* 1863/69. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2014, 8 de octubre). *Boletín Oficial de la República Argentina*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Concilio Vaticano II. (1965). *Constitución pastoral Gaudium et Spes: Sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo*. http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). *Boletín Oficial de la República Argentina*, 10 de enero de 1995. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Convención de delegados de Virginia. (1776). Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de junio de 1776. [https://es.wikisource.org/wiki/Declaración_de_Derechos_de_Virginia_\(1776\)](https://es.wikisource.org/wiki/Declaración_de_Derechos_de_Virginia_(1776))
- Convención de los Derechos del Niño. (1990, 22 de octubre). *Boletín Oficial de la República Argentina*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1922, 28 de abril). Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta s/ consignación SENTENCIA. En *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 136 (pp. 161-193). Otero & Co. <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=136>
- Juan Pablo II. (1987, 30 de diciembre). *Carta encíclica Sollicitudo Rei Socialis del sumo pontífice Juan Pablo II a los obispos, a los sacerdotes, a las familias religiosas, a los hijos e hijas de la Iglesia, así como a todos los hombres de buena voluntad, al cumplirse los veinte años de la Populorum Progressio*. http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html
- León XIII. (1891, 5 de mayo). *Carta encíclica Rerum Novarum, del sumo pontífice León XIII, sobre la situación de los obreros*. http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

- Ley 20.680, de abastecimiento. (1974, 25 de junio). *Boletín Oficial de la República Argentina*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/58603/norma.htm>
- Ley 24.240, de defensa del consumidor. (1993, 15 de octubre). *Boletín Oficial de la República Argentina*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/norma.htm>
- Ley 25.156, de defensa de la competencia. (1999, 20 de septiembre). *Boletín Oficial de la República Argentina*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/norma.htm>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966, 16 de diciembre). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>
- Pablo VI. (1967, 26 de marzo). *Carta encíclica Populorum Progressio del papa Pablo VI a los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo, y a todos los hombres de buena voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos*. http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html

Lista de referencias bibliográficas

- Alcock, John. (2005). *Animal Behavior. An Evolutionary Approach [Comportamiento animal. Un enfoque evolutivo]*. Sinauer Associates.
- Alfonso x el Sabio. (2008 [ca. 1265]). *Las siete partidas del rey don Alfonso el Sabio*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcok2b9>
- Aristóteles. (1984). *Ética a Nicómaco*. Orbis.
- Artigas, Carmen. (2005, agosto). *Una mirada a la protección social desde los derechos humanos y otros contextos internacionales*. CEPAL Serie Políticas Sociales (110).
- Badeni, Gregorio. (1997). *Instituciones de derecho constitucional*. Ad-Hoc.
- Balbo, Mariela y Josefina Posadas (1998, octubre). *Una primera aproximación al crimen en la Argentina*. Documento de Trabajo (10), Departamento de Ciencias Económicas UNLP. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/3513>
- Barfield, Thomas (ed.). (2000). *Diccionario de antropología*. Siglo XXI.
- Baker, Dean. (2010, 18 de julio). Tratar la irresponsabilidad de las corporaciones igual que la del conductor ebrio. *Sin permiso*. <https://www.sinpermiso.info/textos/tratar-la-irresponsabilidad-de-las-corporaciones-igual-que-la-del-conductor-ebrio>
- Becker, Gary S. (1968). Crime and punishment. An economic approach [Crimen y castigo. Un enfoque económico]. *Journal of Political Economy*, 76(2), pp. 169-217. <https://www.jstor.org/stable/1830482>

- Bidart Campos, Germán. (1995). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Ediar.
- Bodenheimer, Edgar. (1979). *Teoría del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Borda Guillermo. (1976). *Manual de derechos reales*. Perrot.
- Clerc, Carlos Mario. (1982). *El derecho de dominio*. Ábaco.
- Coase, Ronald. (1960, octubre). The problem of social cost [El problema del costo social]. *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44. <http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf>
- Coing, Helmut. (1962). *Fundamentos de filosofía del derecho*. Ariel.
- Demsetz, Harold. (1967, mayo). Toward a theory of property rights [Hacia una teoría de los derechos de propiedad]. *American Economic Review*, 57(2), pp. 347-359.
- Diez, Manuel María. (1979). *Manual de Derecho Administrativo*. Plus Ultra.
- Domènech, Antoni. (2004). *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*. Crítica.
- Domènech, Antoni. (2013). Socialismo: ¿De dónde vino? ¿Qué quiso? ¿Qué logró? ¿Qué puede seguir queriendo y logrando?. En Mario Bunge y Carlos Gabetta (coord.), *¿Tiene porvenir el socialismo?* (pp. 71-124). Eudeba.
- Engel Goetz, Eduardo, Ronald Fischer Barkan y Alexander Galetovic Potsch. (1997). ¿Cómo licitar una concesión urbana? *Estudios Públicos* (67), pp. 1-38. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/145932>
- Fiorini, Bartolome. (1976). *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot.
- Hardin, Garrett. (1968). The Tragedy of Commons [La tragedia de los bienes comunes]. *Science*, 162(3859), pp. 1243-1248.
- Goldschmid Werner. (1980). *Introducción filosófica al derecho*. Depalma.
- Hayek, Friedrich August von. (2005 [1945, 1949]). «The road to serfdom» with «The intellectuals and socialism» [«El camino a la servidumbre» con «Los intelectuales y el socialismo»]. The Institute of Economic Affairs.
- Hernandez, José (2000 [1897]). *El gaucho Martín Fierro*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc639n5>
- Hobbes, Thomas. (1651). *Leviathan, or, the matter, forme & power of a common-wealth ecclesiasticall and civil* [Leviatán, o La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil]. <https://en.wikisource.org/wiki/Leviathan>
- Horan, Richard, Erwin Bulte y Jason Shogren. (2005). How trade saved humanity from biological exclusion. An economic theory of nearthermal extinction. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 58(1), pp. 1-29.
- Hume, David. (1965 [1740]). *A treatise of human nature*. Oxford Clarendon Press.
- Jayadev, Arjun y Samuel Bowles. (2006). Guard Labor [Trabajo guardián]. *Journal of Development Economics*, 79(2), pp. 328-348. <https://doi.org/10.1016/j.jdeveco.2006.01.009>
- Kelly, Morgan. (2000). Inequality and crime [Desigualdad y crimen]. *Review of Economics and Statistics*, 82(4), pp. 530-539.
- Kelsen, Hans. (1974). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.

- Krier, James E. (2009). Evolutionary theory and the origin of property rights [Teoría evolutiva y el origen de los derechos de propiedad]. *Law & Economics Working Papers Archive: 2003-2009* (98). https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art98
- Locke, John. (1985). *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Orbis
- Marx, Karl. (1967 [1867]). *El Capital*. Fondo de Cultura Económica.
- Morgan, Lewis Henry. (1877). Desenvolvimiento del concepto de propiedad. En Maurice Godelier (comp.), *Antropología y economía* (pp. 61-81). Anagrama.
- Moro, Tomás. (1984 [1516]). *Utopía*. Orbis.
- Negri, Héctor. (1984). *El derecho*. El Coloquio.
- Perón, Juan Domingo. (1974 [1949]). *La comunidad organizada*. Codex.
- Platón. (1978). *La República*. Eudeba.
- Platón. (1984). *Apología de Sócrates. Critón*. Orbis.
- Proudhon, Pierre-Joseph. (1973). *¿Qué es la propiedad?* Buenos Aires: Editorial Proyección.
- Pigou, Arthur. (2017). *The economics of welfare* [La economía del bienestar]. Routledge.
- Posner, Richard. A. (1972). *The economic analysis of law* [El análisis económico de la ley]. Little Brown.
- Serrano Mansilla, Alfredo. (2012). La equidad de la economía. Disputando la justicia distributiva. En Alfredo Serrano Mansilla (coord.), *¡A (re)distribuir! Ecuador para todos* (pp. 13-25). Senplades.
- Spector, Horacio. (2004). *Elementos de análisis económico del derecho*. Rubinzal-Culzoni.
- Sugden, Robert. (1986). *The economics of rights, cooperation and welfare* [La economía de los derechos, la cooperación y el bienestar]. Palgrave-Macmillan.
- Wilson, James y George Kelling. (1982). Broken windows [Ventanas rotas]. *Atlantic Monthly*, 249(3), pp. 29-38.

Autorías y colaboraciones

Guillermo Celso Oglietti

Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG). Argentina.

Doctor en economía aplicada por la Universidad Autónoma de Barcelona, postgraduado del Instituto Torcuato Di Tella de Buenos Aires y Licenciado en Economía por la Universidad Nacional de Río Cuarto (Córdoba, Argentina), es subdirector del Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG) y codirector de la revista *Propuestas para el Desarrollo*. Dirigió el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Territorio, Economía y Sociedad de la Sede Andina de la Universidad Nacional de Río Negro en Bariloche y el Centro de Estudios del Trabajo de Ecuador. Se ha concentrado en problemáticas del desarrollo económico como la inmigración, la inversión extranjera, la relación ahorro-inversión, la economía del turismo, la enfermedad holandesa en los países latinoamericanos y el sector financiero.

Jorge Cesar Paolinelli

Universidad Nacional de Río Negro. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Territorio, Economía y Sociedad (CIETES). Río Negro, Argentina.

Abogado de la Universidad de Buenos Aires (1981). Profesor regular de Derecho Público y Economía y Derecho, en la Escuela de Economía, Administración y Turismo de la Universidad Nacional de Río Negro (UNRN). También integra el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Territorio, Economía y Sociedad (CIETES-UNRN). Ha sido coautor de *El hombre y el Derecho* (1998), *Impuesto a los bienes urbanos ociosos* (2014) y *Lotes sin dueño* (2017). Ha participado en las áreas de urbanización y regularización dominial de distintos gobiernos municipales y provinciales.

Introducción al análisis económico del derecho

Guillermo Celso Oglietti y Jorge César Paolinelli

Primera edición . - Viedma : Universidad Nacional de Río Negro, 2020.

242 p. ; 23 x 15 cm. Lecturas de Cátedra

ISBN 978-987-4960-38-2

1. Análisis Económico. 2. Derecho. 3. Justicia. I. Oglietti, Guillermo Celso. II. Título.
CDD 330.01



Universidad Nacional
de Río Negro

© Universidad Nacional de Río Negro, 2020.

editorial.unrn.edu.ar

© Guillermo Celso Oglietti y Jorge César Paolinelli, 2020.

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723.

Diseño de colección: Dirección de Publicaciones-Editorial de la UNRN

Dirección editorial: Ignacio Artola

Coordinación de edición: Diego Martín Salinas

Edición de textos: Jaime Bermúdez Vásquez

Corrección de textos y Pruebas: Mariana Pou Moragues

Diagramación y diseño: Sergio Campozano

Imagen de tapa: Editorial UNRN, 2020.



Licencia Creative Commons

Usted es libre de: compartir-copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente esta obra bajo las condiciones de:

Atribución – No comercial – Sin obra derivada

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

fue compuesto con la familia tipográfica Alegreya en sus diferentes variables.

Se editó en noviembre de 2020 en la Dirección de Publicaciones-Editorial de la UNRN.

Introducción al análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho (AED) es una escuela del pensamiento económico originaria de Estados Unidos que utiliza los principios de la ciencia económica para predecir las consecuencias que una norma o una sentencia producirán en la sociedad o en las partes de un litigio, contribuyendo así a orientar al legislador y al juez para mejorar tanto el diseño de la ley, como el dictado de sentencias. Este libro presenta sus principales nociones aplicadas al derecho argentino.

Uno de los objetivos del AED es conocer *a priori* las conductas de las personas involucradas y alcanzadas por las normas, las sentencias, los contratos, los actos y los hechos jurídicos. En ese sentido—luego de un panorama sobre el origen y desarrollo del AED—, los autores se detienen en el estudio de diversos institutos jurídicos (la propiedad, los contratos, los delitos y las penas, los daños y perjuicios) a la luz de los principios de la ciencia económica.

Un aporte destacable de esta obra radica en la reflexión propuesta sobre dos conceptos centrales: el de eficiencia para la economía, y el de justicia para el derecho. Paolinelli y Oglietti abordan los conflictos que se generan en la relación entre justicia y eficiencia y, particularmente, la absurda paradoja que implica que algo pueda ser, al mismo tiempo, eficiente, pero injusto, o justo, pero ineficiente.



Universidad Nacional
de Río Negro

