

**SERIE**  
**DOCUMENTOS DE TRABAJO DE LA FUNDACIÓN EGE**

***“Crecimiento económico y Seguridad Jurídica”***

**Autores:** Analía Alonso<sup>1</sup>, Pablo Whebe<sup>2</sup>, Santiago Gastaldi<sup>3</sup> y Gustavo Ferro<sup>4</sup>

Río Cuarto, abril de 1993

Al Doctor Jorge Carranza, en reconocimiento de su apoyo y valiosa crítica.

**Índice**

- Introducción.
- I La significación de la Seguridad Jurídica para el Derecho.
- II La Seguridad Jurídica y el crecimiento económico.
- III La Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho: invasión de la Esfera Legislativa por el Ejecutivo.
- IV La Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho: la Corte Suprema de Justicia Argentina y la Seguridad Jurídica.
- V Potenciales distorsiones a la naturaleza del Poder Constituyente.
- VI Ajuste, reforma estructural y Seguridad Jurídica: estabilización, privatizaciones y desregulación.
- VII Corrupción y Seguridad Jurídica.
- VIII Incertidumbres del Plan de Convertibilidad hacia el futuro.
- Conclusiones y recomendaciones.
- Bibliografía.

---

<sup>1</sup> Abogada, Profesora Adjunta, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Río Cuarto

<sup>2</sup> Abogado, Adscripto, Facultad de Ciencias Humanas, UNRC.

<sup>3</sup> Licenciado en Ciencias Económicas, Profesor Titular, FCE, UNRC.

<sup>4</sup> Licenciado en Economía, Ayudante de Primera, FCE, UNRC y Becario del CONICET.

## Introducción

En los años recientes la economía y sociedad argentinas han estado sometidos a una tensión intensa. El estancamiento de la producción y la caída de la productividad (medida por el Producto Bruto per Cápita), han estado acompañados por una crisis de financiamiento del Estado, principal deudor externo, y la alta inflación.

No obstante haber sido restauradas las autoridades constitucionales hace casi ya una década, los desequilibrios acumulados en el terreno económico, por su magnitud, han conspirado para un funcionamiento impecable de las instituciones republicanas. Estas se han visto desbordadas por eventos coyunturales que han afectado profundamente bases institucionales esenciales. A su vez, una parte del plexo de normas y regulaciones en general que se ha ido generando, vía el Poder Legislativo o la actividad legislativa del Poder administrador, ha contribuido en forma de realimentación a la generación o acentuación de los desequilibrios económicos.

El Estado de Derecho implica el respeto por la Libertad. Siguiendo a Rothbard (1992), "la libertad es una condición en la cual los derechos de propiedad de una persona sobre su propio cuerpo y sus legítimas propiedades materiales, no son invadidas ni sufren agresión". Aquella es un insumo esencial para la realización individual y colectiva.

Las sociedades organizadas bajo la forma de mercado requieren un Orden Jurídico, que garantice y proteja la Libertad. Deben existir las instituciones de propiedad, de contratos, gobierno constitucional limitado y la libertad cívica. El mercado libre no puede resultar de la anarquía, sino dentro del marco de un gobierno constitucional limitado; el Imperio de la Ley asegura a los individuos igualdad ante ésta y protección "ante la coacción y el fraude de parte de otros individuos. Lo contrario sería la discriminación" (Bethell, 1992). La Norma adquiere supremacía sobre la eventual arbitrariedad de quienes temporalmente detenten el Poder Político, en un Estado de Derecho. Las Leyes están por encima de los gobernantes y la posesión de propiedades asegurada por las leyes. El valor de la propiedad depende de su seguridad.

No debe colegirse de lo anterior que el Orden Jurídico deba ser algo inmutable a lo largo de los tiempos. La idea de Justicia, sustento sólido para la creación misma del Plexo de Normas y Regulaciones que rige la vida social, mirada con una perspectiva de largo plazo, es algo que evoluciona suavemente con la marcha de la historia; y esto debe ir reflejándose, a través de complejos procesos de consenso social, de manera tal en el Marco Normativo que no implique inseguridades jurídicas. Es sólo en momentos de rupturas revolucionarias que el Orden Jurídico sufre un resquebrajamiento generalizado, con inseguridades de todo tipo, el cual es concomitante a la misma mutación radical del significado de Justicia.

Cuando la salud del sistema económico se resiente, ya sea por causas exógenas (crisis importadas), como endógenas (el natural ciclo de los negocios privados, o las fluctuaciones cíclicas motivadas por las políticas económicas desacomodantes), el Poder Político puede intentar soluciones curativas de diversa índole. Las hay sanas, desde el punto de vista de la salud ahora del sistema institucional y las hay perniciosas para el Estado de Derecho.

Estas últimas no merecen solamente repudio moral, por la conculcación temporal de la Libertad que puede implicar el relajamiento de la vigencia de la Norma sobre la arbitrariedad. Además de ello, esa violación a los caminos y formas prescriptas por la Ley para administrar los negocios públicos, puede implicar

externalidades negativas sobre el sistema productivo, hecho que es la hipótesis central de este trabajo, y sobre lo que nos proponemos discutir.

Un ejemplo clásico es la inflación cuando el Estado recurre a ella para enjugar sus déficit. La Norma, contenida en forma suprema en la Constitución Nacional de 1853, y en la legislación que ella enmarca, dictada por los Poderes que aquella consagra, explicita cuales son las formas factibles de proveer a las arcas públicas de financiamiento.

El Congreso es quien está facultado constitucionalmente para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras...", sin embargo es un recurso cómodo para el Ejecutivo, antes que hacer votar nuevos impuestos, intensificar el control de cobro de los existentes o equilibrar el presupuesto pidiendo reducción de gastos públicos o subsidios, solicitar el financiamiento del Banco Central. Este, hasta fecha reciente, por Carta Orgánica, era un órgano dependiente del Ministerio de Economía. El Ejecutivo con el recurso a financiarse creando saldos nominales de dinero viola la división de poderes, freno y contrapeso a ambiciones dictatoriales, y genera transferencias de ingresos en el cuerpo social sin el debate parlamentario. Con éste se conocen ganadores y perdedores, y la política tiene la legitimidad que le confiere el debate público y la decisión de los representantes del pueblo haciendo uso del poder conferido por sus representados.

Pero aquella política a la Robin Hood, violatoria de las normas más caras a nuestra organización, no termina allí. Sus efectos indeseables tienen una expansión amplificada sobre el sistema económico. A las injustas transferencias de ingreso, se suma la progresiva pérdida del sistema de precios relativos como mecanismo de asignación eficiente de los recursos escasos de la sociedad. Al dejar de denotar la escasez relativa y de indicar a los propietarios de factores dónde éstos son mejor remunerados, aquél conduce a una ineficiente asignación. Y ésta significa que la frontera de posibilidades de producción no es alcanzada. La práctica de generar reiteradas distorsiones en precios relativos, amén de configurar inconsultas y arbitrarias lesiones al derecho de propiedad, lleva a la economía a la ineficiencia relativa en la asignación de recursos (respecto de la situación sin distorsión) y a una senda de crecimiento del producto nacional potencialmente menor. Es que el sistema de señales defectuoso origina también una indicación errada a los inversores.

La inflación, originada a su vez en el desbalance fiscal financiado con expansión monetaria, proveniente del dispendio de quienes ejercen el Poder Político o de subsidios a grupos de presión, que demanden y obtengan del Poder Político aquellos, favoreciendo sus particulares intereses a expensas de los del cuerpo social, es una forma de alterar la Seguridad Jurídica. A su vez, cuando esta forma de financiamiento del desequilibrio presupuestario se va tomando habitual, el valor real de los recursos recolectados de las diversas fuentes es cada vez menor; para financiar un determinado nivel de gasto público real por período de tiempo se deberá ir acelerando el ritmo de expansión monetaria, con lo cual se acicatea aún más el proceso inflacionario, o se deberá complementar con emisión de títulos públicos onerosos, con diversas modalidades de instrumentación, que para poder ser colocados, hasta en sus formas compulsivas, requieren que sus tasas retributivas incorporen la expectativa de la nueva inflación que tendrá la economía.

Cuando ocurre este tipo de situación, el ingreso a la hiperinflación no es un imposible, como ha sucedido en 1989-1990 en nuestro país, donde la Inseguridad Jurídica es de niveles insoportables y desarticulante del funcionamiento del sistema económico. Hay otras que nos dedicaremos a analizar.

El plan de trabajo es el siguiente: tras esta introducción sobre la naturaleza del problema, nos centraremos en los dos primeros capítulos a analizar la Seguridad Jurídica desde el punto de vista del Derecho, y su significación para el crecimiento económico.

A continuación, en los seis capítulos siguientes nuestra atención estará volcada al tratamiento de lo que podríamos llamar, y con referencia a la Argentina actual, "la Seguridad Jurídica y sus enemigos":

**1) Invasión de la Esfera Legislativa por el Ejecutivo.** Allí se tratará la violación de la División de Poderes que significa el "Gobierno por Decreto", donde éste suplante directamente la Ley, cuando la Norma Fundamental no lo autoriza, o desnaturalice lo que emana del Congreso al efectuar una reglamentación que la distorsione. El Ejecutivo invade así la órbita del Legislativo. La Constitución demarca adecuadamente los ámbitos: el primer poder citado debe hacer cumplir la ley dictada por el segundo.

Lo mismo ocurre cuando el Ejecutivo veta parcialmente normas emanadas del Congreso, o intenta forzar la aprobación de proyectos de aquel provenientes, "in toto" mediante la presión del anuncio de que vetará las modificaciones que el Legislativo introduzca.

Es el tema del capítulo III.

**2) Influencia del Ejecutivo en el Poder Judicial.** La invasión por parte del Ejecutivo al otro poder del Estado, que significa alterar el equilibrio de fuerzas al más alto tribunal de la Nación. Lamentablemente, la Constitución no establece cuántos miembros deben integrar la Corte Suprema. Ya en el pasado hubo cambios en la cantidad de jueces del Alto Tribunal. También hubo gobiernos que separaron a los Jueces de la Corte sin mediar el juicio político del Congreso.

La alteración de la composición del máximo órgano judicial, puede inhibir la tarea despolitizada que debe cumplir ese cuerpo. Si los máximos magistrados saben que se los puede desplazar si sus fallos no gustan al Ejecutivo, o su voto ser menguado por la inflación de la composición del tribunal, una suerte de autocensura puede estar condicionando su accionar. Alternativamente, pueden originarse en el seno del Tribunal decisiones que no sean portadoras de un criterio unánime, sino resultado de mayorías débiles. También el cambio en la composición del Tribunal faculta a éste a revisar jurisprudencia con la periodicidad de los cambios.

Este problema se lo trata en el capítulo IV.

**3) Potenciales distorsiones a la naturaleza del Poder Constituyente.** Una tercera forma de invasión de zonas, la puede configurar el deseo del Ejecutivo de reformar la Constitución fuera de los carriles que ella misma provee. Aunque la reforma se centrara en aspectos instrumentales, el peligro es no respetar las fórmulas constitucionales. Además, se halla latente la posibilidad de retoques a los aspectos denominados dogmáticos, con el peligro que ello entraña al respeto de los derechos y garantías que asegura la Constitución.

En el capítulo V abordamos este tema.

**4) Ajuste y reforma estructural: estabilización, privatizaciones y desregulación.** Al revertir desequilibrios del pasado, dar una nueva forma a la economía y cambiar de manos gran parte de la propiedad pública, se configura un escenario que puede prestarse a la conculcación de derechos por el desorden anterior y la necesidad de celeridad en las reformas.

Su tratamiento está reservado al capítulo VI.

**5) El clientelismo político y la corrupción** son fuentes de abusos de poder y de deletéreos efectos sobre los incentivos en una sociedad de mercado competitiva. El clientelismo y la corrupción son dos deformaciones del Estado de Derecho que una sociedad moderna no puede cargar como lastre si pretende una senda de vigoroso crecimiento económico.

El capítulo VII se ocupa de este tópico.

6) Por último, pero no menos preocupante, podría existir la posibilidad futura de una violación de la Ley de Convertibilidad, generándose transferencias de ingreso, implicando conculcación de la garantía de la propiedad privada.

Las incertidumbres del Plan de Convertibilidad hacia el futuro se tratan en el capítulo VIII.

Reseñamos al cerrar el trabajo, las principales conclusiones que arroja el estudio, y las recomendaciones que pueden derivarse de él.

## I La significación de la Seguridad Jurídica para el Derecho.

La Seguridad Jurídica se puede definir como el conjunto de condiciones que posibilitan una actuación libre de todo riesgo o daño<sup>5</sup> y que, consiguientemente, presuponen la eliminación de toda arbitrariedad en el ejercicio de las facultades reconocidas al hombre, creando un ámbito de vida en el que aquél pueda desenvolver su existencia con conocimiento de las consecuencias de sus actos, obrando con libertad y responsabilidad. Constituye un elemento fundamental para introducir e interpretar la naturaleza del Derecho. Se encuentra íntimamente ligado a los conceptos de justicia, libertad, paz y orden social, siendo éstos los valores que importan al Derecho, que tienen que ver con la regulación jurídica y que son capaces de brindar una norma para lo jurídico.

El Derecho es un regulador de la sociedad, que no surge espontáneamente en la realidad, sino por la acción creadora del hombre, y que determina un principio de organización que permite la realización de la justicia. El Derecho es un Orden Obligatorio en las relaciones sociales, una exigencia de la sociedad para lograr el bien común. El hombre como miembro de la sociedad no vive su vida aislado, sino una vida común, definida y predeterminada por el Derecho.

Es además un Orden Abstracto, es decir que está constituido por principios y reglas típicas que se repiten, y que permiten la subsunción de los casos particulares de la vida en sociedad al orden jurídico.

Otro de los caracteres fundamentales del Derecho, es el de ser un Orden Coactivo, que permite imponer una conducta jurídica determinada mediante el uso de la fuerza, y que requiere en última instancia la concordancia con normas éticas.

### *La Seguridad Jurídica como objetivo del Derecho*

El Derecho persigue una serie de objetivos fundamentales.

Entre ellos destaca en primer lugar, la solución pacífica de los conflictos, pretensiones o intereses. El Derecho interviene cuando este conflicto o controversia puede afectar la paz, el orden y la seguridad en el seno de la comunidad. El Derecho limita el arbitrio individual, a fin de permitir la convivencia social. La paz y el Derecho son simultáneos. Este permite la paz, y ésta es a su vez, presupuesto de aquél.

Otro de los objetivos del Derecho es la Seguridad Jurídica, por oposición al desorden y a la arbitrariedad. Previa a la justicia, y como condición de ella, se requiere seguridad y certeza de la regulación. La arbitrariedad niega la posibilidad del Derecho, y expresa el capricho individual de quien detenta el poder.

El principio de Seguridad Jurídica se apoya en ciertos presupuestos fundamentales:

1) La inviolabilidad del Derecho: ni los que lo dictan, ni quienes están sometidos a él pueden lesionarlo. La comunidad necesita un orden jurídico estable, regular y permanente<sup>6</sup> para que los individuos puedan desarrollarse plenamente.

2) Continuidad del Derecho: determinar la confianza de los ciudadanos en el orden jurídico existente, evitando toda modificación arbitraria y repentina del orden normativo<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> La expresión "libre de todo riesgo y daño" evidentemente no excluye la posibilidad que una acción que adopte el agente económico sea de naturaleza propiamente riesgosa. Un ejemplo es la compra de una Obligación Negociable, de la cual espera obtener un beneficio pero que puede ocasionarle una pérdida. Si se concreta el riesgo de insolvencia del deudor esto no implicaría inseguridad jurídica.

<sup>6</sup> Acá debe tenerse en cuenta lo señalado respecto a la inmutabilidad del Orden Jurídico en la introducción.

### *La Seguridad Jurídica como previsibilidad*

En el Derecho Romano, la Seguridad Jurídica estaba unida a la solemnidad de las formas. En el Derecho Moderno, a la continuidad de pautas y criterios -que pongan a las partes a cubierto de sorpresas, cambios y giros impredecibles-, y a la previsibilidad y confiabilidad que permitan a los inversores saber con certidumbre "a qué atenerse" (Morello, 1992a). El hombre aspira a desarrollar instituciones duraderas evitando constantes modificaciones y cambios, y es el Derecho el que debe ofrecerle esta certeza y predecibilidad.

Íntimamente relacionado con la Seguridad Jurídica se encuentran dos fenómenos:

a) La firmeza y perdurabilidad del Derecho ante el transcurso del tiempo, y su característica de dar la seguridad que los hombres buscan en él.<sup>8</sup>

El mantenimiento de lo tradicional tiende a la rigidez y al enquistamiento. Es por ello que la experiencia jurídica ha demostrado la necesidad de seguir desarrollando el Derecho sin rupturas, entrelazando la tradición con formas e ideas nuevas.

b) Frecuentes transformaciones, ocasionadas por el accionar de la Administración, quitándole al Derecho el sentido protector del mismo, acentuando la inestabilidad y la calculabilidad que torna incierto e imprevisible el futuro jurídico, contribuyendo negativamente al progreso económico.

"La significación que tiene para el individuo el conocimiento de que ciertas reglas serán aplicadas universalmente es... que los diferentes objetos y formas de acción adquieran nuevas propiedades. Sabe qué relaciones de causa y efecto, producto de los hombres puede utilizar para cualquier propósito que desee llevar a término. Los efectos que esas leyes, producto humano, tienen en sus acciones, son precisamente de la misma clase que los de las leyes de la naturaleza. Su conocimiento de ambas le facilita la previsión de las consecuencias de sus acciones y le ayuda a establecer planes con confianza." (Hayek, 1978). Más adelante, ese autor expresa que "La ley le dice con qué hechos puede contar y, por lo tanto, amplía el radio de acción dentro del cual el individuo puede predecir las consecuencias de sus acciones. Al mismo tiempo le dice qué posibles consecuencias de tales acciones debe tomar en consideración o hasta qué punto ser responsable de sus actos." (Hayek, 1978). Brunner, citado por Hayek (1978) afirma que: "La ley es un orden previsto. Ese es el servicio que rinde a los seres humanos y ésta es también su carga y su peligro. A menudo ofrece protección frente a lo arbitrario; promueve su sentimiento de confianza, de seguridad; elimina la siniestra oscuridad del futuro."

*Aspecto Axiológico: relación existente entre los valores Seguridad y Justicia.*

El hombre espera algo más que Seguridad Jurídica y bienestar general. Aspira al bien común, orientado hacia la justicia.

Si bien Radbruch, citado por Sauer (1933), trata a la Seguridad Jurídica y a la Justicia como valores antitéticos, no coincidimos con tal afirmación. La Seguridad Jurídica constituye una finalidad próxima y la justicia una meta lejana. La primera puede y tiene que ser alcanzada siempre, la segunda no siempre puede

---

<sup>7</sup> "La Seguridad Jurídica supone que derechos, posiciones de poder y de posesión una vez fundadas, tienen que subsistir sin que nadie las discuta ni perturbe, y que las decisiones jurídicas, una vez formuladas, deben ser mantenidas" (Max Weber, citado por H. Coing, 1961).

<sup>8</sup> "Cuanto más duradera es la persistencia de un Derecho, tanto más capaz será de realizar su tarea de dar Seguridad Jurídica, y tanto más seguros se sentirán los hombres bajo su protección" (Riezler, citado por H. Coing, 1961).

serlo, aunque es misión del orden jurídico esforzarse por alcanzar, también, esta finalidad lejana (Wilhelm Sauer, 1933).

El concepto de Derecho Positivo lleva implícito en sí un ideal de justicia<sup>9</sup>. Todo "deber ser" necesita estar fundado en valores, entre los cuales promedia una relación de rango. Existen valores que sirven de fundamento a otros. No puede darse el valor fundado sino sobre la base de que se dé el valor fundante.

En el campo del Derecho, la Seguridad Jurídica -valor inferior-, es fundante de la Justicia -valor superior- (Hartman, citado por Recaséns Siches, 1936).

Pero esto no debe llevarnos a pensar que el Derecho pertenece al mundo de los valores y se identifica con ellos; los valores son cualidades que se adosan a una base física, o de la realidad, modificándola positiva o negativamente. El Derecho no pertenece a la realidad ideal, sino que es aquello en lo cual se realizan los valores. El Derecho es una constante búsqueda del perfecto equilibrio entre los valores de Justicia y Seguridad, procurando de esta manera, lograr la estabilidad del orden jurídico (Moisset de Espanés, 1965).

---

<sup>9</sup> Sin este postulado de justicia, el derecho positivo carece de fundamento, reduciéndose sólo a un fenómeno de fuerza.

## II La Seguridad Jurídica y el crecimiento económico

El crecimiento económico depende de la acumulación de factores productivos y de la innovación tecnológica que opera a lo largo del tiempo. Pero, como afirma Olivera (1977), lo anterior sólo abre "oportunidades de crecimiento real". La respuesta a la mayor disponibilidad de recursos y a la mejora técnica en su utilización, depende del marco normativo o estructura de incentivos de la sociedad<sup>10</sup>, elemento que usualmente se presume "dado", en los modelos teóricos explicativos del crecimiento.

Los agentes económicos responden a los incentivos del contexto en ambientes con mayor o menor grado de certidumbre respecto del futuro, y cayendo en potenciales errores de previsión.

La inversión de capital material, la decisión de acumulación de capital humano, así como la investigación y desarrollo en ciencia básica y aplicada, se fundan en anticipaciones falibles de un futuro incierto.

En todos los casos hay "costos hundidos": la inversión en capital físico es de baja reversibilidad; una vez producidas las decisiones personales o comunitarias de formación de recursos humanos también lo son, y la inversión en investigación y desarrollo no lo es menos.

El tiempo es unidireccional. Al evaluar un proyecto de inversión se tiene en cuenta algún criterio para la toma de decisiones; el más aceptado es el valor presente neto o valor actual. Este resulta de una comparación de la actualización de los beneficios y costos esperados a lo largo de la vida útil del proyecto. Sólo los costos iniciales son ciertos en gran medida, pero el valor presente de los ingresos netos y el costo de oportunidad del capital se basan en pronósticos, y como tal inciertos, sobre el comportamiento a futuro de las variables económicas requeridas para su cálculo.

Dice Olivera (1977) "En economía es la incertidumbre, antes que el error, lo que produce efectos más duraderos y perniciosos". Los errores de predicción pueden minimizarse aislando sus componentes sistemáticos. Ocurre lo mismo con la incertidumbre? Ésta multiplica los escenarios posibles en la evaluación de alternativas de las tres clases de inversión a que nos hemos referido. La ponderación de las alternativas exige una jerarquización, pero en condiciones inciertas ésta se efectúa necesariamente en base a asignaciones subjetivas de probabilidades de ocurrencia de cada escenario, y los sujetos, en esa evaluación, están condicionados por la apreciación del entorno al elaborar sus índices de probabilidad. Aquí es donde el mayor o menor grado de seguridad jurídica que los agentes esperan para el futuro se hará presente en la decisión de inversión. Si a la incertidumbre propia del fenómeno económico se le agrega la que deviene de la posibilidad de mutación del marco normativo, los deseos de invertir se verán afectados negativamente. "El efecto de los incentivos económicos se debilita al aumentar la incertidumbre" (Olivera, 1977).

Los proyectos en condiciones inciertas demandarán rentabilidades más altas, por la vía de costos menores y más elevados ingresos. A igualdad de éstos y aquellos, la tasa de costo de oportunidad del capital utilizada al descontar los flujos esperados durante la vida útil del proyecto, será más alta. Esa prima exigida de rentabilidad esperada premiando el riesgo, se reflejará en el mercado de fondos prestables requeridos para financiar las inversiones. El complejo de tasas de interés de la economía verá sus valores excedidos por esa prima de riesgo. Dicho plus opera como un impuesto en el mercado de fondos prestables: induce una reducción de su oferta y racionaliza un menor nivel de ahorro entre los demandantes al encarecer su costo. En una economía abierta, si la prima de riesgo es muy elevada puede disuadir al ahorro externo de arbitrar por vía de la cuenta de capitales del balance de pagos. La calificación del país decae, pues la amplitud de la varianza de los rendimientos posibles en él asequibles (un "mal" en la jerga económica), supera en el sentir

---

<sup>10</sup> La relación entre la estructura de incentivos y la performance del sistema económico, para el caso argentino, ha sido analizada, entre otros, por A. Guissarri (1989) y J. J. LLach (1987), citados en Bibliografía

de los inversores, y en sentido contrario, las altas tasas de interés ofertadas al fruto de sus sacrificios de consumo presente (un "bien").

Para los inversores externos la decisión de hundir costos en el país en estudio se halla sujeta a consideraciones semejantes a la de los inversores locales. En los años recientes, con la internacionalización del mercado mundial de capitales y la virtual destrucción de los obstáculos a la circulación fluida de los fondos entre países, el impacto destructivo de la incertidumbre sobre la evaluación de riesgos de inversiones diversas se ve agravado. Los proyectos compiten por la consideración de los inversores de acuerdo a su calidad; los países también lo hacen respecto de los fondos para inversión financiera o directa proveniente del mercado internacional de capitales.

Cuando la incertidumbre torna difícil o imposible establecer un orden de prelación para las acciones, la inversión en capital material, calificaciones de la fuerza de trabajo o nuevo conocimiento, básico o aplicado, puede resultar inhibida o enervada en casos extremos. Si la incertidumbre disminuye o inhibe la inversión en sus diversas formas, fuente del crecimiento económico, la relación negativa entre incertidumbre y crecimiento es potente. Los incentivos al ahorro también decaen, por lo menos a nivel interno: la incitación a demorar el consumo, si no desaparece, genera la migración de las colocaciones financieras hacia horizontes menos inciertos. La incertidumbre disminuye el crecimiento económico al debilitar las incentivos que influyen sobre sus fuentes, tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta.

La incertidumbre en la vida económica, como en alguna medida se anticipó, reconoce como fuentes el propio mercado, la tecnología cambiante y la inseguridad jurídica. La incertidumbre sobre la plena disposición de la propiedad, afecta el valor de ésta: es elocuente una reflexión del presidente norteamericano Calvin Coolidge "El elemento principal en el valor de todas las posesiones es la certidumbre de que uno podrá disfrutar de ellas en paz, y de que su propiedad será públicamente defendida", sin esa institución asegurada "el valor de los rascacielos decaería al precio de la costa de Cartago o de un lote esquina en Babilonia antigua" (Johnson, citado por Bethell, 1992). La Seguridad Jurídica que provee el Estado es un bien público, y su cumplimiento está resguardado por la fuerza coercitiva que significa el monopolio de la violencia legítima de aquél. Desde el punto de vista de la función de producción, la Seguridad Jurídica -un límite a un componente de la incertidumbre-, es un parámetro de posición de la curva representativa de ella.

### **III La Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho: invasión de la Esfera Legislativa por el Ejecutivo**

Las bases del constitucionalismo moderno se organizan en torno a brindar al hombre una garantía o seguridad frente al Estado. Las garantías constitucionales, según Bidart Campos (1986) pueden definirse como "el conjunto de seguridades jurídicas e institucionales deparadas al hombre". Este tema deviene del Derecho inglés hace ya varios siglos.

La preocupación por garantizar al hombre una esfera dentro de la cual pueda desenvolverse sin el arbitrio y exento de toda actuación intimidatoria del Estado, aparece germinalmente ya en los orígenes del constitucionalismo: como ejemplos, la Declaración de Derechos del Estado de Virginia (1776), es la primera en asegurar y consagrar la idea de derechos supraestatales y anteriores al Estado. El Preámbulo de la Constitución de Massachussets de 1789 enunciaba que "...el fin del gobierno... es asegurar el goce por parte de los individuos de sus derechos naturales con seguridad y tranquilidad". Mucho antes, en 1188, el Pacto de Sobrarbe, expresaba en el artículo tercero "prohibo terminantemente que nadie perturbe con violencia la tranquilidad de mi reino; todos deben acudir a mí para obtener justicia" (Linares Quintana, 1956).

#### *La División de Poderes y la Seguridad Jurídica en Argentina*

La Constitución Argentina organizó un Estado con tres divisiones del Poder: Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Existen facultades y atribuciones exclusivas y excluyentes dentro de cada una de sus áreas, que funcionan como un sistema de contrapesos y controles para evitar que alguno de ellos se erija en "tutor", o asuma atribuciones por las cuales "la honra, la libertad o la propiedad de los ciudadanos queden a merced de persona alguna" (Espíritu del artículo 29 de la Constitución Nacional).

La Corte Suprema de Justicia Nacional, ha tenido oportunidades de pronunciarse respecto del sistema de división del poder que existe en nuestro país:

a) "siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno les son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas, haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos Poderes Públicos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno";

b) "La doctrina de la limitación de los poderes es de la esencia de ese sistema de gobierno, que impone la supremacía de la Constitución y que excluye la posibilidad de la omnipotencia legislativa";

c) "Es una regla elemental de nuestro Derecho Público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente" (Bidart Campos, 1986).

El artículo 29 de la Constitución expresa: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales, a los Gobernadores de Provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que las formulen, consientan o firmen a la responsabilidad de los infames traidores a la Patria".

El aserto resulta una consecuencia del período inmediato anterior a la sanción de la Carta Fundamental. José M. Estrada al respecto, argumentaba que la cláusula constitucional que proscribe las facultades extraordinarias "está escrita con sangre de nuestros hermanos" (Citado por Linares Quintana, 1956). Pero el fuerte presidencialismo de nuestra Constitución, permite un indeseable desbalance del sistema de contrapesos, mediante la delegación de facultades formulada por alguno de los poderes en favor del polo fuerte. Ello es fuente de inseguridad.

### *Delegación de facultades legislativas en el Ejecutivo*

De aceptarse válidamente que el órgano legislativo transfiera al órgano ejecutivo facultades que le son inherentes específicamente, corre serios riesgos de desaparición el fundamental principio de la división de poderes, que reconoce como finalidad suprema y última la garantía de la libertad y la dignidad del hombre.

La delegación de poderes sólo puede justificarse en una concepción que reputara como inconveniente mantener lisa y llanamente la división y control mutuo de los poderes (Linares Quintana, 1962).

El uso abusivo de las facultades legislativas por parte de los poderes ejecutivos no es peculiaridad argentina, sino cada vez más patrimonio de todos los países organizados bajo el modelo de división de poderes. Harold Laski (citado por Linares Quintana, 1962), argumentó que no basta protestar contra esto, sino que se hace necesario instrumentar medidas para evitar el abuso.

El ordenamiento constitucional argentino no admite la delegación de facultades legislativas. Un Poder Constituido no puede renunciar a la esfera de competencias que le fija la Constitución, irguiéndose sobre el Poder Constituyente que demarca aquellas.

En segundo lugar, esa delegación rompería el equilibrio de control mutuo y recíproco de los tres poderes, dejando así sin efecto el sentido de limitar los abusos que aquel balance de competencias importa.

Como tercera razón -y tal vez una de las de mayor peso-, porque se estaría violando lo estatuido en el artículo 29 de la Constitución Nacional (Linares Quintana, 1962, pág 140).

Por último, con este tipo de delegaciones se robustece aún más el Poder Ejecutivo, ya de por sí fuerte en el balance de poderes que impone nuestra Constitución (Linares Quintana, 1962).

Algunas voces defienden la delegación por las razones que a continuación expondremos. Según James Hart (citado por Linares Quintana, 1962, pág. 132), la veda de la indelegabilidad por parte del Poder Legislativo, no está expresada en parte alguna de la Constitución Norteamericana, por cuanto ninguna disposición del texto de ella prohíbe al Congreso subrogar su poder **legisferante**. Pero luego de analizar las que podrían ser las bases de esa inferencia, Hart finaliza coincidiendo con el "Justice" Holmes en que resulta imposible llevar a cabo la distinción entre la acción legislativa y la acción ejecutiva con una suerte de precisión matemática, y porque -además- las ramas del gobierno quedarían divididas en compartimientos estancos. Sostiene que el Poder Ejecutivo y el Legislativo no están constitucionalmente definidos de una manera rigurosa, por lo que no puede determinarse con precisión absoluta los linderos de cada una de ellas. Insiste en que la función del Poder Ejecutivo es la de poner en práctica los actos autorizados por las leyes que se sancionaran periódicamente, por lo que el Poder Ejecutivo es necesariamente relativo a las leyes. Hasta que las leyes sean sancionadas, no adquieren sino potencialidad. Luego de ello, su contenido resulta de sus disposiciones. Nada establece en la Constitución que el contenido de la función del Poder Ejecutivo deba circunscribirse a tareas burocráticas o ministeriales.

Ricardo Gómez Acebo (citado por Linares Quintana, 1962, pág. 138), observa que la utilidad práctica de la delegación resulta innegable por una serie de razones que expone la doctrina, como por ejemplo el tremendo volumen que la legislación ha adquirido y que tiende a ampliar constantemente la esfera de facultades y competencia del Estado, razón por la cual los Parlamentos se sienten impotentes para atender a todas las obligaciones a que el gobierno debe dar rápidas respuestas.

Pero el ordenamiento jurídico argentino parece bastante claro y dudamos que existan zonas grises que legitimen la asunción de facultades legislativas por parte del ejecutivo. Sarmiento dijo en 1869, que "en nuestro sistema de gobierno cada poder público tiene su esfera de acción señalada; y es base del sistema que cada uno ejerza sus facultades y llene sus deberes con prescindencia de los otros. Es de aquí que arranca la deducción de que las atribuciones constitucionales de un poder no pueden ser delegadas en otro, y, como consecuencia de ello, que los actos del uno no puedan ser sometidos a la revisión y aprobación de los demás" (Citado por Linares Quintana, 1962, pág. 141).

No toda actividad del Ejecutivo respecto de las leyes y reglamentos importa delegación. El Poder Ejecutivo puede dictar las reglamentaciones que se requieran para hacer operativas las leyes, de manera que no actúe como colegislador sino como instrumentador de ellas. De la misma manera que ciertos reglamentos administrativos que se encuentran dentro de las facultades del Ejecutivo. Pero ello dista mucho de la cada vez más profusa "legislación paralela", a la que el Poder Ejecutivo recurre por la vía de los decretos de necesidad y urgencia.

#### *Los Decretos de Necesidad y Urgencia y el equilibrio de Poderes*

Si bien nuestra Constitución Nacional, sancionada en 1853, ha tenido su fuente de inspiración en la de los Estados Unidos de América, tal como la propia Corte Suprema de Justicia lo afirma en el Fallo "Lino de la Torre"<sup>11</sup>, las instituciones organizadas en la Carta Magna han tenido un desarrollo independiente y poseen jurisprudencia y doctrina propias<sup>12</sup>.

Es por ello que no podemos remitirnos a la norma madre de la república nortea, para basar ciertas doctrinas surgidas por estos **lares**, como lo son las que dan fundamento a la situación de emergencia. Según esta doctrina, debe darse prioridad a la necesidad de asegurar la supervivencia del Estado, a cuyos superiores intereses quedan subordinados los derechos individuales.

A lo largo de la historia argentina fueron muchas las situaciones por las que los distintos titulares del Poder Ejecutivo debieron asumir facultades que originariamente -y excluyentemente- están destinadas a ser ejercidas por el Legislativo ante coyunturas graves<sup>13</sup>. Pero es a partir de fines de los años ochenta cuando se torna preocupante la cantidad de ocasiones que el Poder Ejecutivo ha alegado la situación de emergencia para asumir facultades legislativas, sentando inclusive en alguno de sus decretos una peligrosa amenaza para el equilibrio de los poderes organizados constitucionalmente. En efecto, en los considerandos del

---

<sup>11</sup> Fallos, Tomo 19, pág. 203.

<sup>12</sup> Ver "Ferrocarriles Argentinos contra Provincia de Santa Fe", Fallos, Tomo 68, pág. 234.

<sup>13</sup> Así el 8 de junio de 1854, el Poder Ejecutivo dictó un decreto por el cual se creaban las Mensajerías Nacionales para correr las postas en el servicio de correos, convertido luego en Ley número 52. Otro ejemplo lo constituye el Decreto dictado por el Presidente Roca el 9 de enero de 1885 sobre curso legal de billetes emitidos por el Banco Nacional. O más próximo a nuestros días, el Decreto 154/83, emitido por el Presidente Raúl Alfonsín, sobre régimen de Universidades Nacionales, previo a la sanción de la Ley 23068, o el Decreto 1096/85 de creación del Austral.

Decreto 2284/91<sup>14</sup>, se expresa que, para evitar la incertidumbre y la posibilidad de que el debate previo del Congreso obste a la sanción del criterio sustentado por el Ejecutivo, resulta indispensable sustituir la intervención previa del Poder Legislativo, cuyas decisiones en contrario pueden ser objeto de veto<sup>15</sup>. Pensamos que para la validez de este tipo de Decretos es requisito fundamental la ratificación expresa por el Poder Legislativo<sup>16</sup>. Ello, a pesar del criterio seguido por la Corte en el caso "Peralta"<sup>17</sup>, y de la opinión de parte de la doctrina, que considera que el silencio del Poder Legislativo equivale a una aprobación del Decreto de Necesidad y Urgencia. En el fallo citado *supra*, la Corte Suprema parece sentar la jurisprudencia de que no es necesario que el Congreso ratifique los decretos, sino que está implícito que mientras que el mismo poder no dicte una ley con otro criterio, el decreto mantiene su fuerza legal.

Concluimos coincidiendo con Rodolfo Spisso (1992), que para que un decreto de necesidad y urgencia pueda ser constitucionalmente viable, es necesario que concurren tres supuestos:

1) Grave emergencia que haga peligrar la subsistencia de las instituciones de la República;

2) Ineficacia de la medida en caso de demoras en su adopción, o derivada de su previa y pública discusión por el Congreso;

3) Ratificación expresa del Congreso.

El primer supuesto debe precisar el carácter de la emergencia. Esta situación es la que confiere la calidad de "necesidad" de la medida.

La segunda observación apunta a que el decreto sólo sea utilizado cuando se requiera de una "urgente" norma sobre determinada cuestión, cuyo tratamiento sea imposible demorar.

Y del juego y equilibrio de los poderes resulta imprescindible que concorra la ratificación expresa por el Congreso. Toda vez que no consideráramos necesario esto último, estaríamos consintiendo que el Presidente puede volver a asumir facultades extraordinarias, lo que está tajantemente vedado por la Ley Suprema.

El recurso a la necesidad y urgencia, también ha pretendido justificar en Estados Unidos la intromisión en la esfera legislativa por parte del Ejecutivo. Hayek (1978) relata el enfrentamiento de F. D. Roosevelt con el Tribunal Supremo norteamericano en 1937, ante la pretensión del presidente, por entonces ganador por holgada mayoría de un nuevo período, de arrogarse facultades especiales arguyendo la necesidad y urgencia que imponía la crisis económica. Hayek expone: "Completamente convencido de que conocía mejor que nadie lo que se necesitaba, Franklin D. Roosevelt concibió que la función de la democracia, en tiempo de crisis, radica en conferir un poder ilimitado al hombre en quien se confía, incluso si ello implica que se forjen nuevos instrumentos de poder que en ciertas manos pueden ser peligrosos... Era inevitable que una actitud que consideraba legítimos casi todos los medios si los fines eran deseables, tenía que conducir pronto a un choque de frente con el Tribunal Supremo que durante medio siglo había juzgado habitualmente la

---

<sup>14</sup> Este decreto, modificado por los Decretos 2424/91 y 2488/91, adoptó una serie de medidas en materia de comercio interior y exterior de bienes y servicios; disolvió diversos entes estatales, reasignó funciones y derogó y modificó diversos tributos (Spisso, 1992).

<sup>15</sup> Artículo 7 del Decreto 1652/91.

<sup>16</sup> En el supuesto caso que el Poder Ejecutivo se anticipe a la sanción de una ley, ejerciendo facultades legislativas, es necesario la "ulterior aprobación de los decretos por el Congreso, lo que da a éstos el carácter y fuerza de las leyes" (Joaquín V. González, citado por Spisso, 1992).

<sup>17</sup> Fallo "Peralta, Luis contra Gobierno Nacional" Corte Suprema de Justicia de la Nación 27 de diciembre de 90. Jurisprudencia Argentina 1991-II-556

racionalidad de la legislación... La declaración de principios del Comité Judicial del Senado, cuerpo que rechazó las pretensiones del Presidente, a pesar de la mayoría de votos de su propio partido, parte de la presunción de que la conservación del sistema constitucional americano es inconmensurablemente más importante...que la inmediata adopción de no importa qué legislación, por mucho que la misma sea beneficiosa. Se pronuncia por la continuación y la perpetuación del imperio de la ley en contraposición al imperio de los hombres, y en ello no hacemos otra cosa que declarar de nuevo los Principios básicos de la Constitución de los Estados Unidos". Continúa afirmando: "Si en última instancia el Tribunal Supremo ha de responder a sentimientos en boga políticamente impuestos en un momento dado, tiene, en definitiva, que subordinarse a la presión de la opinión pública del momento, lo cual pudiera significar la pasión de la chusma, ajena a consideraciones más claras y duraderas...".

#### **IV La Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho: La Corte Suprema de Justicia Argentina y la Seguridad Jurídica**

La Corte Suprema de Justicia adecua sus pronunciamientos a los tiempos, a las aspiraciones de la ciudadanía y al devenir de las nuevas realidades. De esta manera "interpreta" los mensajes que arroja una sociedad. En cada momento la Corte vive y actúa en una realidad distinta, influyendo en sus pronunciamientos diversas vivencias y valoraciones. Acompaña, por lo tanto, el proceso de cambio, con la flexibilización de la norma.

La reforma al máximo órgano jurisdiccional instaurada a partir de la Ley 23.774, introduce potenciales distorsiones a la Seguridad Jurídica. La norma de 1990 cambió la composición de la Corte Suprema. De los cinco miembros que hasta el momento conformaban el tribunal se pasó a nueve. Medidas como esa pueden inhibir la tarea necesariamente despolitizada que debe cumplir ese cuerpo. La Constitución garantiza la estabilidad de los magistrados como un dique de contención a la influencia en sus fallos de los restantes poderes del Estado. La norma mencionada supra modificó el peso de cada voto. Además introdujo la posibilidad latente de una nueva ampliación, si el órgano manifestara una gran independencia del Poder Político.

Por ser la composición resultante de esos cambios estratificada por el origen de las designaciones, pueden originarse en el seno del Tribunal decisiones que no sean portadoras de un criterio unánime, sino resultado de votaciones divididas. Entendemos que en general, la Corte Suprema de Justicia debería mostrar a la sociedad mayorías más próximas a la unanimidad que al frecuente "cinco a cuatro". Especialmente si se trata de cuestiones, no de matices sino capitales. Lo contrario podría en los operadores jurídicos, y en aspectos técnicos básicos, causar dudas sobre puntos claves, cuando el Alto Tribunal es quien debe aventarlas.

Nos preocupa, por lo que respecta al problema de la conexión entre Seguridad Jurídica y el crecimiento económico, un fallo reciente en torno a la garantía constitucional de la propiedad privada. La Corte surgida de la ampliación fue quien lo emitió, sentando jurisprudencia sobre una cuestión extremadamente delicada. Se trata del caso "Peralta, Luis y otro contra Estado Nacional", de fecha 27 de diciembre de 1990, citado anteriormente. En él, la Corte convalidó un decreto presumiblemente inconstitucional (Decreto 36 del 3 de enero de 1990), y colisionante con la división de los poderes. Un ciudadano que había sido objeto del canje forzoso de los plazos fijos con el Plan Bonex (28 de diciembre de 1989), recurrió a la Corte en reclamo de su patrimonio confiscado. El Decreto "revela que el derecho de propiedad amparado por el artículo 17 de la Constitución Nacional no existe si el Poder Ejecutivo invoca emergencia, necesidad o urgencia" (Conesa, 1992). La Corte argumentó que el ciudadano peticionante debía subordinar sus intereses particulares a los de la sociedad. Pero la situación de emergencia esgrimida no se trataba de la invasión de un ejército extranjero, catástrofe natural o una perturbación exógena gravísima recayendo sobre la economía nacional. Lo que acontecía era una manifestación de malas políticas económicas precedentes y en curso, siendo altamente cuestionable la salida elegida de reestructurar la deuda interna canjeando encajes remunerados sobre depósitos a muy corto plazo, por títulos dolarizados a diez años, y en forma compulsiva.

*La Seguridad Jurídica tiene jerarquía constitucional?*

Literalmente y de manera explícita en ningún artículo de la Constitución Nacional se dice que está garantizada la Seguridad Jurídica. Pero haciendo una interpretación amplia de la Ley, es legítimo admitir que, ya sea en la zona gris del artículo 33, o en la visión integrada y conjunta del espíritu de los artículos 14 y 17, dicho principio existe y tiene rango constitucional.

La Corte Suprema, a su turno ha entendido que ninguna ley por más que declare situaciones de "emergencia", puede aniquilar derechos definitivamente adquiridos en base a sentencias judiciales firmes: en ese caso, estamos frente a la institución procesal asegurativa de la "cosa juzgada". Así la Corte revocó pronunciamientos en los cuales, por la aplicación de una nueva ley de locaciones -y a título de su carácter de orden público-, se habían dejado sin efecto desalojos ya firmes. No importa, dijo la Corte, que se invoque el carácter de orden público de la Ley 13.581, pues "...la estabilidad de las sentencias judiciales es también exigencia de orden público, con jerarquía, además de carácter constitucional"<sup>18</sup>. Ello es consecuencia del principio establecido por la Corte Suprema, conforme al cual los derechos adquiridos<sup>19</sup> -amparados por la garantía constitucional de la propiedad-, sólo se tienen como efecto de las sentencias firmes<sup>20</sup>. También lo es el principio de Seguridad Jurídica, al cual la propia Corte le ha reconocido rango jurídico constitucional porque se deriva de todo el máximo ordenamiento<sup>21</sup>. La Seguridad Jurídica es "...una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, y cuya tutela innegable compete a los jueces"<sup>22</sup>.

Por otra parte, el respeto de la cosa juzgada, es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional, porque la autoridad de la sentencia debe ser inviolable, tanto con respecto de la determinación imperativa del derecho sobre el cual se requirió pronunciamiento judicial, cuanto en orden a la eficacia ejecutiva de este último. En definitiva, lo que está destinado a asegurar la cosa juzgada es el resultado práctico y concreto del proceso, de manera que abarque no sólo lo involucrado en el contenido aludido en la sentencia, sino también cualquier otro punto en que el juez haya eventualmente proveído sobre las peticiones de las partes.

Por ello, la revisión arbitraria de la cosa juzgada, choca frontalmente con la Seguridad Jurídica. Por ejemplo, quedaría gravemente resentida la Seguridad Jurídica si fuese admisible y pudiera lograr tutela jurisdiccional la conducta de quien primero acata una norma y luego la desconoce. El órgano judicial prescindiendo del interés del titular del derecho, debe proteger el interés social de la certeza del derecho que el ambiguo comportamiento de aquel podría perjudicar<sup>23</sup>. A igual finalidad de fortalecimiento de la Seguridad Jurídica se llega a través de la llamada "doctrina de los actos propios", que niega derecho a quien con su sinuosa conducta ocasionare perjuicios.

Pero, la inmutabilidad de las sentencias y su proyección en lo futuro no es absoluta, y dan lugar a rectificaciones o sustanciales correcciones -por medio de recursos extraordinarios de revisión, casación y federal-, si existen razones de defensa real y de justicia última, que obligan a otras alternativas que mejor conforman la recta prestación del servicio jurisdiccional (Morello 1992a).

En el ámbito tributario existen notorias transgresiones a las normas constitucionales; así se ha llegado en nuestro país al extremo de sancionar impuestos por decreto (v. gr. circular 539 del Banco Central, de fecha 19-06-75, gravando los viajes al exterior, asimismo el decreto 560/89, convalidado por Ley 23.767).

Resulta gravísimo el hecho de que la Corte no haya invalidado la violación de la propiedad privada ante situaciones tales como las Leyes de Ahorro Obligatorio y el canje de los depósitos a plazo fijo por Bonex ya comentados. La finalidad del principio de legalidad del artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>24</sup>, es establecer

---

<sup>18</sup> Fallos, 235-171 o J. A. 1959-III-101, nota 3. Fallos, 199-466, causa "Ferrari vs. Pelti", año 1944, entre otros. Citado por Morello, 1992.

<sup>19</sup> Al amparo del principio de "consumo jurídico" (Llambías, 1973).

<sup>20</sup> Ver Fallos, 245-465, entre otros.

<sup>21</sup> Ver Fallos, 242-501; o Jurisprudencia Argentina 1959-III-132.

<sup>22</sup> Ver Fallos 242-501, citado por Morello, 1992.

<sup>23</sup> Ver "Descotte, Jorge C.", 26-04-84, Doctrina Judicial 1985-1-244.

<sup>24</sup> "...nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe".

claramente que todo poder ejercido por un funcionario u órgano de gobierno debe derivarse del orden jurídico y ajustarse a él.

La razón y sentido profundo del principio, es afianzar la Seguridad Jurídica mediante la predeterminación de las conductas debidas de modo que tanto gobernantes como gobernados sepan a qué atenerse en cada caso. Esto impone un orden racional de las leyes, cual es la "certeza", cuya conclusión es que las normas legales deben ser claras, precisas y completas.

De esta idea de certeza se deriva la de "irretroactividad de las leyes", indispensable para lograr y consolidar la Seguridad Jurídica, a la que también se llega por la vía privatista del "consumo jurídico" y de la "doctrina de los propios actos", de que se habló anteriormente.

Si bien la irretroactividad de las leyes emana de la legislación y no de la Constitución<sup>25</sup>, la facultad del legislador de dictar normas retroactivas choca con dos limitaciones: la primera es penal -artículo 18 de la Constitución Nacional-, la segunda, cuando se priva a una persona de un derecho incorporado a su patrimonio o se violan otros derechos de raigambre constitucional. De ahí que se sostuviera la necesidad de incorporar el principio de irretroactividad a la propia Constitución Nacional.

Este principio de legalidad no se agota en una mera legitimación formal, sino que comprende la consideración del contenido de la ley, que debe satisfacer los principios de certeza y de Seguridad Jurídica que se integran simbióticamente. Sólo concurriendo el principio de certeza con el de legalidad e irretroactividad de la ley, puede hablarse de una cabal existencia de Seguridad Jurídica.

---

<sup>25</sup> Como se declaró en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1969.

## V Potenciales distorsiones a la naturaleza del Poder Constituyente

La Ley Fundamental prescribe que dos tercios del Congreso (una mayoría que implica un consenso fuerte de la sociedad), determinen la "necesidad de reforma", convoquen a una Convención Constituyente ad hoc, y sea ésta quien introduzca las enmiendas.

En el pasado, en tres oportunidades se llegó a retoques, algunos transitorios, pero otros definitivos, que alteraron esa secuencia:

-La reforma de 1949, mediante el dudoso criterio de declarar la necesidad de reforma por mayoría de miembros presente, antes que de la totalidad de los integrantes del Cuerpo Legislativo. Las reformas de 1949 fueron derogadas por un gobierno de hecho, invocando esa falla.

-La reforma de 1957, cuya Convención fue convocada por el mismo gobierno de hecho que derogó la Constitución de 1949. Además, para elegir dicha Convención, se proscribió a la fuerza política más votada de la época. Aún más, la Convención no pasó de reformar un par de artículos y se fracturó por falta de consensos básicos.

-La reforma de 1972, conocida como Reforma Mor Roig, por el Ministro del Interior del gobierno de hecho que la inspiró. Cambió una serie de elementos a la parte operativa de la Constitución de 1853: entre otras cosas, introdujo la elección directa del Ejecutivo y los Senadores, la unificación de los mandatos cada cuatro años, etcétera. La reforma prescribía que las instituciones políticas habrían, mediante el uso de los carriles formales habituales, convocar una Convención que decidiría sobre su continuidad o la vuelta al sistema de 1853. La Reforma de 1972 feneció con el golpe de estado de 1976.

El caso es que en las tres oportunidades algo falló. O no se respetaron las mayorías exigidas o la Convención fue convocada por quien no tenía facultades para ello o se impidió la participación de fuerzas políticas para su conformación. Existen precedentes para que en el futuro cualquier Presidente intente alguna vía abreviada de la secuencia legal.

Hay que reconocer que la Norma es vaga:

-No dice si la mayoría debe computarse para declarar la necesidad de reforma sobre miembros presentes o totales del Congreso.

-Si es el Pleno de cada Cámara por separado la que debe dictaminar la necesidad de reforma, o en cambio si la Asamblea Legislativa debe reunirse a ese efecto.

-La composición de la Convención Constituyente.

-Los poderes de ésta: Goza plenamente del Poder Constituyente ("es soberana"), o solamente de un poder delegado por el Legislativo, que encorseta sus facultades?.

Los constitucionalistas han procurado interpretar la norma y determinar sus alcances. La Constitución no tiene que pecar de un detalle excesivo y algo de ambigüedad permite una adaptación flexible a los tiempos.

Pero, creemos que la Ley Fundamental está sugiriendo que para la necesidad de reforma deben concurrir:

-Consensos amplios de la sociedad. De allí que la mayoría exigida deba computarse sobre la totalidad de los miembros en cada cámara.

-La formación de la Convención debiera tener como indicación los criterios con que se elige a los representantes del pueblo: base distrital, relación numérica en base a la población que representan y representación en línea a los votos obtenidos en estricta proporcionalidad. Si además estuviera en juego el llamado "Derecho Federal de la Constitución", sería interesante que las provincias y la capital gozaran de alguna paridad de fuerzas en esa discusión.

-Además, creemos que la Asamblea Constituyente debe limitarse a ejercitar el mandato que el Congreso le otorgue, no excediéndose en aquél.

En la actualidad, se discute públicamente la conveniencia o no de la reforma en el momento actual. Ya durante el gobierno constitucional de 1983-89 hubo intentos en el mismo sentido, y en ambos casos con el padrinazgo del Ejecutivo.

No abriremos juicio sobre la oportunidad o necesidad de la reforma. Si diremos, en relación al tema que nos preocupa, de los efectos externos de la Seguridad Jurídica sobre el crecimiento económico, que:

-No consideramos deseable retoques a los derechos y garantías individuales contenidos en la parte Dogmática de la Constitución.

-Sí creemos en la necesidad de establecer, llegado el caso que se produjera la convocatoria a una Convención, la jerarquía constitucional de la Seguridad Jurídica.

-También juzgamos útil la limitación expresa del número de jueces que deben integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- Además, para proteger los derechos y garantías cívicas, nos parece útil consagrar con menor ambigüedad las formas y procedimientos para la reforma futura de la Carta Magna.

-Para evitar la intromisión futura del Ejecutivo en la legislación, se podría incorporar el recurso, ante situaciones definidas de necesidad y urgencia, de la libertad del Ejecutivo para decretar, estableciendo un plazo perentorio para que el Congreso se expida, avalando o vetando la medida. De la misma forma, el Ejecutivo debería estar sujeto a plazos determinados para reglamentar las leyes emanadas del Congreso.

-No consideramos necesario ni conveniente normar sobre cuestiones de menor jerarquía que los Derechos y Garantías de la ciudadanía, y la organización del Estado. Antes que introducir en su texto detalles sobre cuestiones de que la ley se pueda ocupar, la prioridad es el respeto de lo sustantivo que la Constitución establece.

## **VI Ajuste, reforma estructural y Seguridad Jurídica: estabilización, privatizaciones y desregulación**

Conceptualmente, el ajuste consiste en resolver desequilibrios, y el cambio estructural en modificar el patrón del sistema económico que condicionó caer en aquellos, para evitar su repetición futura y otorgar la flexibilidad que al sistema económico le faltó en ocasiones anteriores.

Los procesos de ajuste y de cambios estructurales, en mucha mayor medida en estos últimos, implican costos nada desdeñables para la sociedad. Si el desequilibrio llevó a la colectividad en su conjunto a vivir un período por encima de sus posibilidades, y ello debe ser revertido, alguien tiene una cuenta por pagar. Quién se hace cargo?. El mismo interrogante puede plantearse para los desequilibrios más perdurables que hacen necesarios los cambios estructurales. Presumimos que en una sociedad donde el gobierno emana del pueblo y se ciñe a respetar normas abstractas dictadas con antelación, la posibilidad de que los costos sean absorbidos por quien resultó beneficiario del estado de cosas anterior, es mayor que en otra donde el poder emana de la absoluta arbitrariedad de un tirano, o de la pertenencia a un grupo dirigente que detenta el manejo de las instituciones en razón de su origen social, étnico o religioso. El gobierno de una minoría sin poderes limitados, creemos, puede traspasar de forma enteramente arbitraria costos de agentes sociales o grupos, hacia otros actores.

El ajuste y la reforma estructural configuran un escenario donde se debe ser especialmente cuidadoso de la legalidad, por lo menos por dos razones:

1) Si es exitoso, configura un punto de partida de un ciclo de crecimiento que puede durar décadas, con una economía reestructurada. Dónde se ubica cada agente en la situación inicial es fundamental para su desempeño en ese ciclo. Dicho de otra forma, la dotación inicial de derechos de propiedad sobre factores, determina parcialmente el desempeño futuro de los individuos y grupos sociales, al producirse el quiebre de una tendencia.

2) Por otro lado, el ajuste y la reforma estructural de la economía, suele implementarse en momentos especialmente anómalos: la economía está en crisis y la sociedad, para tomar colectivamente esa determinación de cambiar el estado de cosas presente, ha debido superar una potente inercia de comportamiento. Y dicho escenario de la transición es una situación muy propicia para esgrimir "situaciones de emergencia", "casos especiales", "medidas de urgencia", "acciones por única vez", e incentivar al Poder Administrador a cometer verdaderos abusos en su nombre.

Esos abusos, que conculcan el Derecho y la Libertad, pudieran acontecer no sólo bajo una tiranía sino también en un gobierno republicano que no se atara a la Ley en forma estricta. Pueden ocurrir transferencias de ingreso y riqueza importantes, en violación a la garantía de la propiedad privada. Y aquí estamos nuevamente en una situación en que amén de la injusticia que significa confiscar a unos su patrimonio para dárselos a otros, se hace perder credibilidad a la estructura de los incentivos (marco normativo y sistema de precios relativos) que son el motor de conductas automáticas en sociedades organizadas bajo la forma de mercado.

En una sociedad así, con un Orden Jurídico estable y clara definición de los derechos de propiedad pública y privada, un nivel de bienestar económico mayor es posible de obtener al dirigirse los esfuerzos productivos hacia donde los incentivos -rentabilidades relativas- del sistema de precios lo señalan. Por otra parte, en una Sociedad Corporativa, por su especial estructura de incentivos, para la unidad económica es más rentable adquirir influencia política para el logro de la rentabilidad relativa diferencial y beneficiarse así, con el paso del tiempo, de una reasignación de la propiedad sobre activos rentables.

En circunstancias normales, y bajo el Imperio de la Ley, las transferencias arbitrarias ordenadas por el Poder Político están constreñidas por los contrapesos que proveen las instituciones republicanas, la prensa y la opinión pública, y lo que Galbraith llama "poderes compensatorios". Pero en circunstancias de especial gravedad, cuando cunde la desazón acerca del futuro y los desequilibrios han llegado a niveles mayúsculos, esas mismas extraordinarias condiciones favorecen cualquier solución acelerada, y donde los costos no son equitativamente distribuidos en el cuerpo social.

La estabilización, el resultado buscado por los planes de ajustes tras períodos de desequilibrios macroeconómicos, es campo propicio para la conculcación de derechos y garantías de algunos ciudadanos. Esgrimiendo la emergencia se causan verdaderos desaguisados. Se reemplaza el impuesto no legislado e inconsulto de la inflación, por otros tributos cuyo carácter se pretende ocultar, como el "Ahorro Obligatorio" del Plan Austral; se reprograma la deuda del fisco con sus gobernados en forma compulsiva (como durante la gestión Rapanelli al frente del Ministerio de Economía, cuando se consolidó -efímeramente- la deuda pública interna), o directamente se hace pagar el costo del desmanejo económico a los propios gobernados confiscándoles parte de su propiedad como en el caso del Canje de los Depósitos a Plazo Fijo por Bonex 89. Para peor, se introduce una legitimación de lo actuado cuando el Poder Judicial, seducido por los falaces argumentos de la "emergencia" o "extraordinaria situación" lo justifica, como en este último caso, con un fallo desacertado que sienta jurisprudencia.

La incoherencia de las políticas debe ser resuelta por los medios legales rectificando el rumbo. La "emergencia" de la inflación la genera y la puede detener el Estado, por ser dispendioso o permeable a las presiones corporativas demandantes de subsidios y rentas. Pero el camino para hacerlo no es dejar de confiscar a los demandantes de dinero para hacerlo a los ahorristas, sino equilibrar el presupuesto recortando subsidios, disminuyendo el gasto, reprogramando la deuda pública y cobrando impuestos. Distinto resulta, creemos, si la emergencia es una catástrofe natural, o invasión de un ejército extranjero. Es decir, se trata de una situación en principio exógena al manejo del Poder Político.

Hay opiniones que sugerirán que ninguna hiperinflación terminó sin alguna violación al Estado de Derecho. O que confiscaciones fueron efectuadas en países de altos niveles actuales de desarrollo, en los estadios iniciales de su proceso de crecimiento.

Alemania tuvo una reforma monetaria en la postguerra, que significó una confiscación de parte del dinero existente a sus tenedores (Mayer y Thumann, 1990), y Japón pagó la totalidad de su deuda pública de guerra con emisión monetaria entre los días en que el Imperio se rindió y se hizo efectiva la ocupación por Estados Unidos en 1945 (Morishima, 1984).

Pero ambos países venían de la derrota militar de sus respectivos gobiernos totalitarios que no había respetado los más elementales derechos cívicos, la destrucción de gran parte de su capacidad productiva y la muerte de buena proporción de su fuerza de trabajo, la mutilación territorial y la ocupación militar. De modo que se trataba de situaciones realmente de emergencia. Persistían los problemas de la deuda de guerra que los ilegítimos gobiernos anteriores habían generado y las violaciones a la propiedad sufrida por grupos étnicos perseguidos en razón de su origen racial o religioso, como en Alemania. De allí que, estimamos, las condiciones no sean comparables para justificar, por ejemplo, el Plan Bonex.

La reforma estructural, en la experiencia reciente de nuestro país, que se está concretando a través de privatizaciones de empresas y activos públicos y desregulaciones, por la velocidad que fue implementada, ha dejado suficientes resquicios como para generar inseguridad jurídica. La búsqueda de consensos amplios es imprescindible, por la trascendencia de las decisiones que se toman. El apresuramiento y las mayorías

débiles, unido a la percepción de parte de la ciudadanía de falta de independencia de la Justicia respecto al Poder Político, lo que parcialmente debilita la generación de Jurisprudencia duradera a partir de las resoluciones que sobre casos controvertidos pudiesen tomarse, es en sí misma una invitación a que un futuro gobierno, creyendo ser fiel a los deseos no circunstanciales de la sociedad, considere la posibilidad de una revisión de lo actuado, con la consiguiente inseguridad sobre los derechos de propiedad de los nuevos titulares. En no pocas oportunidades, el cambio regulatorio en una determinada actividad productiva, que es necesario cuando opera la transferencia de la empresa pública monopólica a particulares, es lisa y llanamente desregulación más lo establecido en el pliego de condiciones, lo que parece insuficiente para la protección de los derechos de los consumidores. La aparición a posteriori de la transferencia de la empresa, del marco regulatorio que establezca las reglas del juego entre Gobierno, empresa y usuarios, no es el mejor método para la determinación precisa de los derechos de propiedad.

## VII Corrupción y Seguridad Jurídica

La Seguridad Jurídica percibida por los agentes económicos puede verse reducida hasta niveles mínimos cuando la corrupción es un fenómeno masivamente difundido por toda la estructura de la Sociedad. Lamentablemente, ese es el caso de Argentina<sup>26</sup>, tal cual es revelado por las encuestas de opinión que casi a diario se van conociendo a través de los diversos medios de comunicación. Para tener una idea cuantitativa, y excusamos de otras consideraciones, una encuesta de la empresa Gallup<sup>27</sup>, realizada en marzo de 1991, obtenía que el 77% de los habitantes consideraba que era muy elevada la corrupción, 20% que era elevada y sólo 2% que era baja.

Siguiendo a Carlos Nino (1992): "Un grado bajo de corrupción hasta es recomendado (controvertiblemente) por algunos teóricos como forma de incentivar las actitudes innovativas o de destrabar obstáculos al funcionamiento del mercado o de superar ciertas exclusiones políticas. Cuando la corrupción traspasa cierto umbral, sin embargo, ella no sólo impide el buen funcionamiento del conjunto social y de sus instituciones, incluyendo el proceso democrático y el mercado económico, sino que adquiere un carácter difícilmente reversible, dado que se alimenta a sí misma y afecta a los mismos mecanismos designados para contener la corrupción. Hay razones para pensar que la sociedad y las instituciones argentinas han llegado a grados de corrupción que traspasan el umbral mencionado"<sup>28</sup>.

La corrupción, en la visión de Van Kleveren<sup>29</sup>, "hace referencia al hecho de que el funcionario público concibe a su trabajo como un negocio, cuyas utilidades intenta maximizar". Por otro lado, siguiendo a Carl Friedrich<sup>30</sup>, "existe corrupción cuando el que tiene una posición de poder y está encargado de hacer ciertas cosas, o sea es un funcionario responsable, es inducido, por incentivos monetarios o de otro carácter, a beneficiar a quien ofrece los incentivos y causa por lo tanto daño al público y sus intereses".

David Bayley<sup>31</sup> brinda algunos de los efectos dañosos de la corrupción: la reducción del respeto a la autoridad constituida cuando la gente percibe la corrupción de los altos funcionarios, el dar el mal ejemplo a la ciudadanía en cuanto al cumplimiento de la ley, el perder autoridad para adoptar medidas impopulares (planes de ajustes y de reforma estructural, v.gr.), fracaso de alcanzar los objetivos que se propuso el gobierno, el incremento de los costos de la administración, la disminución de los fondos destinados a causas públicas (efecto de las "comisiones"), la promoción de más corrupción, la pérdida de tiempo en hacer los contactos implícitos en los actos de corrupción, los conflictos y acusaciones a que da lugar la corrupción, la demora de los trámites que se impone para dar ocasión a actos de corrupción. Casi todos los efectos señalados tienen directa implicancia con la percepción de inseguridad jurídica que harán los agentes económicos del contexto en que se desenvuelven. Fuga de capitales, descontento social y pérdida de legitimidad son otros de los efectos derivados que pueden computarse de la corrupción.

La metodología de la economía del crimen, aplicación de los principios del costo-beneficio a esta actividad y cuya elaboración de larga data correspondió al reciente laureado con el Premio Nobel de Economía, Dr. Gary Becker, puede, al menos conceptualmente, ser aplicada al campo de la corrupción. Esta tendrá incentivo

---

<sup>26</sup> La corrupción es un flagelo que azota a otros países de marcada afinidad, como es el caso de Italia y España, que tendrá consecuencias, a no dudarlo, sobre la práctica política.

<sup>27</sup> Véase en el boletín de Poder Ciudadano de abril de 1991.

<sup>28</sup> Citado por Nino, Carlos (1992), pág. 111.

<sup>29</sup> Citado por Nino, Carlos (1992), pág. 112.

<sup>30</sup> Citado por Nino, Carlos (1992), pág. 112.

<sup>31</sup> Citado por Nino, Carlos (1992), pág. 113..

para ser llevada adelante hasta el punto en que el beneficio marginal de una unidad de actividad de corrupción iguale al costo marginal de emprenderla. El problema que aquí se tendrá, aparte de la definición de las unidades de medida de actividades y cuantificación de los costos-beneficios, es la elevada discrepancia entre los costos y beneficios marginales privados, por un lado, y los costos y beneficios marginales sociales por otro.

A nivel privado, los potenciales corruptos tendrán en cuenta las prácticas sociales y de la administración -que pueden ser sumamente anómicas, para usar la terminología de Nino- para poner en descubierto la actividad de corrupción.

Dada la importancia que asignamos a la estructura de incentivos, dentro de la cual queda subsumida la cuestión de la seguridad jurídica, para el logro del objetivo de mejorar la performance del sistema económico respecto a bienestar social asequible, la categoría social de costos y beneficios es la relevante para efectuar el análisis económico de la corrupción.

Por lo señalado más arriba, la actividad de corrupción que resulta evaluada positivamente por la sociedad será suficientemente pequeña, para lo cual una de los bienes meritorios que la administración deber proveer a costo mínimo es el servicio de control de la misma.

Una garantía para este suministro es la existencia, entre otros, de un Poder Judicial independiente del Poder Político, que este último no avance sobre las facultades legislativas atribuidas al Congreso y reforma de los procedimientos administrativos que minimicen la probabilidad de otorgar importancia extrema a los cajones de escritorios de los funcionarios públicos. Sobre este último aspecto se notan avances. Además, en el parecer de las más altas autoridades económicas, los procesos desregulatorios y la privatización de actividades públicas serán contribuyentes de la reducción de la corrupción. La generación de nuevas pautas sociales que descalifiquen la actividad de corrupción y a los que las incentivan por el lado de la demanda o de la oferta, puede verse favorecida a través de la acción de programas educativos diseñados al efecto<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Véase Nino, Carlos (1992), pág. 114 y siguientes.

## VIII Incertidumbres del Plan de Convertibilidad hacia el futuro

El plan de convertibilidad monetaria vigente, instrumentado por Ley del Congreso a fines de marzo de 1991, a la par de haber servido para anclar el tipo de cambio, despertar expectativas favorables en los agentes económicos en el logro de una estabilización duradera en el nivel de precios y en el recupero del nivel de la actividad económica, convalidando la buena reputación de que gozaba el ministro y su equipo de expertos ante la sociedad, por sus rápidos y rotundos resultados ha aportado una elevada ganancia en seguridad jurídica al sistema. En efecto, al ser el plan uno de los responsables básicos, junto a la renegociación de la deuda externa e interna y el control del gasto público, de la recuperación de la solvencia del Estado, ha permitido erradicar de las expectativas de los particulares la anticipación de nuevas e intempestivas transferencias (exacciones) de riquezas, lo cual a futuro se presenta como una contribución de relieve para la seguridad jurídica y el crecimiento económico.

Sin embargo, pese a la muy buena performance en los registros señalados en los dos años de existencia que posee, no ha podido eliminar (puntualmente todavía reaparecen) definitivamente las expectativas devaluatorias de la sociedad. Y esta es una de las mayores fuentes de inseguridad jurídica, en la percepción de la población, según ha sido revelado por los medios de comunicación a comienzos del mes de abril de 1993<sup>33</sup> que restan sobre el arreglo político-económico vigente; la otra es la cuestión de la reforma constitucional.

La expectativas devaluatorias se ven alimentadas por la elevada pérdida que ha experimentado el poder adquisitivo del dólar en el mercado doméstico prácticamente en los últimos tres años y por el concomitante deterioro de la balanza de comercio exterior, que de fuertes superávits en los años recientes ha pasado a niveles de déficit comparable<sup>34</sup> al de la época del crawling peg activo de Martínez de Hoz (tablita cambiaria). En la circunstancia de noviembre del año anterior se manifestó en una corta y fuerte corrida cambiaria, que si bien fue rápidamente abortada por la acción decidida de ventas de dólares por parte de la caja de conversión, y la trascendencia de los anuncios de reformas sobre el sistema financiero a ser instrumentada en el primer bimestre del presente año, dejó la sensación que la corrida podría haberse extendido al sector bancario, con dificultades para esa eventualidad de poder cumplimentarse la letra de la Ley de Convertibilidad; esto es consecuencia de que las reservas de oro y divisas cubren la base monetaria en pesos pero no la totalidad de los activos monetarios del sistema.

Una sospecha fuerte de devaluación, con corrida hacia los bancos para trocar los activos monetarios nominados en pesos por compra de dólares, traería problemas de caja en esas instituciones, los que se verían profundamente agravados si existe sospecha de insolvencia en algunos bancos del sistema. El desarrollo de la "Administración de Pasivos"<sup>35</sup>, sin bien limitado por la inexistencia de la garantía de los depósitos, no se podría descartar como fenómeno difundido por todo el sistema bancario y las externalidades negativas que se derivarían de la insolvencia de algunos bancos particulares podría resultar catastrófico para el mantenimiento de los resultados de la convertibilidad y del cumplimiento de la misma ley; esto último porque la autoridad monetaria no asistiría impávida al desenvolvimiento de estos sucesos.

---

<sup>33</sup> Véase *Ámbito Financiero*, día 12/04/1993

<sup>34</sup> En el año 1992 el déficit comercial ascendió a u\$s 2.800 millones.

<sup>35</sup> Véase Fernández, Roque B. (1987).

El problema de inseguridad jurídica a considerar, dada la existencia de expectativas devaluatorias latentes<sup>36</sup> es la probabilidad que le asigna la comunidad de agentes económicos a que ese sea el curso de acción a seguir por el ministro, a través de un decreto de necesidad y urgencia convalidado luego por el Parlamento, la magnitud del salto devaluatorio y las consecuencias que de allí se derivarían. En gran medida, esto podría quedar capturado en la prima de riesgo país que se adicionaría sobre la tasa de interés internacional, con afectación, como se vio en el capítulo de seguridad jurídica y crecimiento económico, sobre el volumen de actividad en el mercado de fondos prestables. La sociedad, por su memoria inflacionaria reciente, creemos, que para esa eventualidad decidiría renunciar a todos los servicios que pudiese proveer el dinero doméstico, recurriendo a la opción que le da la caja de conversión de dolarizarse<sup>37</sup>. El cambio de Señoreaje<sup>38</sup>, ya que el gobierno no puede vender los dólares que no fabrica, supuesto que se puede llevar adelante sin traumas, tendría un impacto fiscal negativo de poca monta.

Pese a lo que manifiestan las encuestas, desde la perspectiva de un puro análisis económico, y teniendo en cuenta las modificaciones de comienzos de año operadas en el sistema financiero, en el sentido que se ha aumentado el relacionamiento del mercado doméstico de dinero con el mercado internacional, las posibilidades de que las expectativas devaluatorias traigan problemas a la ley de Convertibilidad se han amenguado, ya que al permitirse la emisión de cheques en dólares, la cobertura (aunque sea parcial) de posiciones de encajes en monedas indistintas, y la conversión de las cuentas de ahorro como si fuera una cuenta corriente remunerada, han creado un fino cautiverio para que los depósitos permanezcan adentro del sistema bancario. Estas modificaciones han permitido separar lo que es una cuestión nominal, esto es, el tipo de cambio establecido por ley, de la cuestión real, el valor del tipo de cambio real; un determinado valor real del tipo de cambio requerido para el equilibrio de las cuentas externas en el largo plazo es consistente con cualquier valor nominal que se le establezca a la moneda internacional.

---

<sup>36</sup> Una prueba de lo señalado es la siguiente apreciación generalizada: "el tipo de cambio Cavallo no lo mueve hasta después de las elecciones".

<sup>37</sup> Esta opción, como más arriba se detalló, no necesariamente puede comprarse al valor de paridad de ley.

<sup>38</sup> Se puede probar que nuestro sistema de convertibilidad, con el régimen de provisión de dinero establecido, y el supuesto de una demanda de dinero doméstico estable, produce recursos para la Caja (que luego trasladar al Tesoro) de naturaleza similar al Señoreaje.

## **Conclusiones y recomendaciones**

El Estado de Derecho implica el respeto por la Libertad. Las sociedades organizadas bajo la forma de mercado requieren un Orden Jurídico, que garantice y proteja la Libertad. Deben existir las instituciones de propiedad, de contratos, gobierno constitucional limitado y la libertad cívica. El mercado libre no puede resultar de la anarquía. Las Leyes, en un Estado de Derecho están por encima de los gobernantes y la posesión de propiedades asegurada por las leyes. El valor de la propiedad depende de su seguridad.

La violación a los caminos y formas prescriptas por la Ley para administrar los negocios públicos, puede implicar externalidades negativas sobre el sistema productivo, que es la hipótesis central de este trabajo.

La Seguridad Jurídica se puede definir como el conjunto de condiciones que posibilitan una actuación libre de todo riesgo o daño y que, consiguientemente, presuponen la eliminación de toda arbitrariedad en el ejercicio de las facultades reconocidas al hombre, creando un ámbito de vida en el que aquél pueda desenvolver su existencia con conocimiento de las consecuencias de sus actos, obrando con libertad y responsabilidad.

El Derecho es a la vez un Orden Obligatorio en las relaciones sociales, un Orden Abstracto, constituido por principios y reglas típicas que se repiten, remitiendo los casos particulares de la vida en sociedad al orden jurídico y un Orden Coactivo.

El Derecho tiene por objetivos, la solución pacífica de los conflictos, pretensiones o intereses, y la Seguridad Jurídica, por oposición al desorden y a la arbitrariedad. El principio de Seguridad Jurídica se apoya en la inviolabilidad del Derecho y su continuidad.

En el Derecho Moderno, la Seguridad Jurídica se vincula a la continuidad de pautas y criterios -que pongan a las partes a cubierto de sorpresas, cambios y giros impredecibles-, y a la previsibilidad y confiabilidad. La Ley es un orden previsto.

El crecimiento económico, por su parte, depende de la acumulación de factores productivos y de la innovación tecnológica que opera a lo largo del tiempo. La respuesta a la mayor disponibilidad de recursos y a la mejora técnica en su utilización, depende del marco normativo o estructura de incentivos de la sociedad.

La inversión de capital, la decisión de acumulación de capital humano, así como la investigación y desarrollo en ciencia básica y aplicada, se fundan en anticipaciones falibles de un futuro incierto.

Sólo los costos iniciales de un proyecto son ciertos, pero el valor presente de los ingresos netos y el costo de oportunidad del capital se basan en pronósticos.

La incertidumbre multiplica los escenarios posibles en la evaluación de alternativas de las tres clases de inversión a que nos hemos referido. Los proyectos en condiciones inciertas demandarán rentabilidades más altas. Esa prima exigida de rentabilidad esperada premiando el riesgo, se reflejará en el mercado de fondos prestables requeridos para financiar las inversiones. El complejo de tasas de interés de la economía verá sus valores excedidos por esa prima de riesgo. En una economía abierta, si la prima de riesgo es muy elevada puede disuadir al ahorro externo a ingresar o favorecer la fuga de los ahorros locales. Los años recientes, con la internacionalización del mercado mundial de capitales y la virtual destrucción de los obstáculos a la circulación fluida de los fondos entre países, han agravado el impacto destructivo de la incertidumbre sobre la evaluación de riesgos de inversiones diversas. Si la incertidumbre disminuye o inhibe

la inversión en sus diversas formas, fuente del crecimiento económico, la relación negativa entre incertidumbre y crecimiento es potente.

La incertidumbre en la vida económica reconoce como fuentes el propio mercado, la tecnología cambiante y la inseguridad jurídica. La Seguridad Jurídica que provee el Estado es un bien público. Desde el punto de vista de la función de producción, la Seguridad Jurídica, es un parámetro de posición de la curva.

Entre los que hemos caracterizado como los enemigos de la Seguridad Jurídica, se encuentra la invasión de la esfera legislativa por el Ejecutivo. La Constitución Argentina organizó un Estado con tres divisiones del Poder: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Existen facultades y atribuciones exclusivas y excluyentes dentro de cada una de sus áreas, que funcionan como un sistema de contrapesos y controles mutuos. "...el uso concurrente o común de ellas, haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos Poderes Públicos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno", según la propia Corte Suprema. "La doctrina de la limitación de los poderes es de la esencia de ese sistema de gobierno, que impone la supremacía de la Constitución y que excluye la posibilidad de la omnipotencia legislativa"; además, "Es una regla elemental de nuestro Derecho Público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente".

El artículo 29 de la Constitución expresa: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales, a los Gobernadores de Provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna".

El ordenamiento constitucional argentino no admite la delegación de facultades legislativas. Un Poder Constituido no puede renunciar a la esfera de competencias que le fija la Constitución. Esa delegación rompería el equilibrio de control mutuo y recíproco de los tres poderes, dejando así sin efecto el sentido de limitar los abusos que aquel balance de competencias importa. De aceptárselo, se estaría violando lo estatuido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El ordenamiento jurídico argentino parece bastante claro y dudamos que existan zonas grises que legitimen la asunción de facultades legislativas por parte del ejecutivo.

Por otro lado, fueron muchas las situaciones por las que los distintos titulares del Poder Ejecutivo debieron asumir facultades que originariamente -y excluyentemente- están destinadas a ser ejercidas por el Legislativo ante coyunturas graves. A partir de fines de los años ochenta es cuando se torna preocupante la cantidad de ocasiones que el Poder Ejecutivo ha alegado la situación de emergencia para asumir facultades legislativas. Pensamos que para la validez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, es requisito fundamental la ratificación expresa por el Poder Legislativo. No concordamos en que el silencio del Poder Legislativo equivale a aprobación.

Coincidimos con Rodolfo Spisso (1992), que para que un decreto de necesidad y urgencia pueda ser constitucionalmente viable, medien grave emergencia que haga peligrar la subsistencia de las instituciones de la República; ineficacia de la medida en caso de demoras en su adopción y la ratificación expresa del Congreso.

La reforma de la composición de la Corte Suprema en 1990, mediante la Ley 23.774, introduce potenciales distorsiones a la Seguridad Jurídica. Medidas como esa pueden inhibir la tarea necesariamente despolitizada

que debe cumplir ese cuerpo. La Constitución garantiza la estabilidad de los magistrados como un dique de contención a la influencia en sus fallos de los restantes poderes del Estado. La norma mencionada supra modificó el peso de cada voto. Además introdujo la posibilidad latente de una nueva ampliación, si el órgano manifestara una gran independencia del Poder Político. Entendemos que la Corte Suprema de Justicia debería mostrar a la sociedad mayorías próximas a la unanimidad.

Nos preocupa, por lo que respecta al problema de la conexión entre Seguridad Jurídica y el crecimiento económico, un fallo reciente en torno a la garantía constitucional de la propiedad privada. La situación de emergencia esgrimida en el Decreto de canje forzoso de plazos fijos por Bonex 89, es incorrecta: la "emergencia" se debía a malas políticas económicas precedentes y en curso: correspondían políticas macroeconómicas coherentes, y no violatorias del derecho de propiedad.

Nos preocupan también, potenciales distorsiones a la naturaleza del Poder Constituyente, ante el intento de reformar la Constitución sin seguir los carriles que la misma prescribe. La Norma es vaga; los constitucionalistas han procurado interpretar la norma y determinar sus alcances. La Constitución no tiene que pecar de un detalle excesivo y algo de ambigüedad permite una adaptación flexible a los tiempos.

Creemos que la Ley Fundamental está sugiriendo que para la necesidad de reforma deben concurrir consensos amplios de la sociedad, la elección de una Convención reformadora que tuviera indicación de su conformación los criterios con que se elige a los representantes del pueblo, y debe limitarse a ejercitar el mandato que el Congreso le otorgue, no excediéndose en aquél.

No abrimos juicio sobre la oportunidad o necesidad de la reforma en el momento actual. Pero, concluimos que no consideramos deseable retoques a los derechos y garantías individuales contenidos en la parte Dogmática de la Constitución, sí en la necesidad de establecer, con jerarquía constitucional la Seguridad Jurídica. En su faz instrumental, juzgamos útil la limitación expresa del número de jueces que deben integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consagrar con menor ambigüedad las formas y procedimientos para la reforma futura de la Carta Magna, y la incorporación del Decreto de Necesidad y Urgencia, estableciendo un plazo perentorio para que el Congreso se expida, avalando o vetando la medida. De la misma forma, el Ejecutivo debería estar sujeto a plazos determinados para reglamentar las leyes emanadas del Congreso.

No consideramos necesario ni conveniente normar sobre cuestiones de menor jerarquía que los Derechos y Garantías de la ciudadanía, y la organización del Estado. Antes que introducir en su texto detalles sobre cuestiones menores o retóricas, de las cuales la ley se pueda ocupar, la prioridad es el respeto de lo sustantivo que la Constitución establece.

En torno del ajuste y reforma estructural, se debe ser especialmente cuidadoso de la legalidad. Si son procesos exitosos, configura un punto de partida de un ciclo de crecimiento que puede durar décadas, con una economía reestructurada. Por otro lado, suelen implementarse en momentos especialmente anómalos, situación muy propicia para esgrimir "situaciones de emergencia", "casos especiales", "medidas de urgencia", "acciones por única vez" y otras perlas por el estilo, que configuren flagrantes abusos. Esos abusos, que conculcan el Derecho y la Libertad, pudieran acontecer bajo una tiranía o en un gobierno republicano que no se atara a la Ley en forma estricta.

En circunstancias normales, y bajo el Imperio de la Ley, las transferencias arbitrarias ordenadas por el Poder Político están limitadas por la Ley, la división de poderes, la prensa libre, la opinión pública y los poderes

compensatorios. Pero en circunstancias de especial gravedad, esas mismas extraordinarias condiciones favorecen cualquier solución acelerada, y donde los costos no sean equitativamente distribuidos en el cuerpo social.

La estabilización, el resultado buscado por los planes de ajustes tras períodos de desequilibrios macroeconómicos, es campo propicio para la conculcación de derechos y garantías de algunos ciudadanos. La incoherencia de las políticas debe ser resuelta por los medios legales rectificando el rumbo.

La reforma estructural, en la experiencia reciente de nuestro país, privatizando empresas y activos públicos y desregulando actividades, por la velocidad con que se la ejecutó deja resquicios para la inseguridad jurídica. Consensos limitados, mayorías débiles para cambios trascendentes, apresuramiento en las decisiones, percepción en la ciudadanía de una justicia que ha perdido grados de libertad respecto de las presiones del Ejecutivo, dejan abierta la posibilidad de revisiones futuras de lo actuado, con la consiguiente inseguridad sobre los derechos de propiedad de los actuales tenedores de esas empresas o activos. La morosidad en regular marcos normativos para actividades económicas antes en manos del Estado, introducen zonas grises en los derechos de los usuarios de los servicios públicos privatizados. Su rezago respecto de la entrega de las propiedades a los compradores introduce un período de incertidumbre innecesario.

La Seguridad Jurídica percibida por los agentes económicos puede verse reducida hasta niveles mínimos cuando la corrupción es un fenómeno masivamente difundido en una sociedad. La corrupción reduce el respeto a la autoridad, generaliza el mal ejemplo, los poderes constituidos pierden autoridad para hacer cumplir las normas, aumenta los costos de la administración, destina recursos reales a la compra de favores y formas latrocinantes de mejorar el patrimonio, reemplazan formas productivas, aumenta la probabilidad de fuga de capitales y causa -justificado- descontento social.

Dada la importancia que asignamos a la estructura de incentivos, la categoría de costos y beneficios sociales es la relevante para el análisis económico de la corrupción. Su control, es un bien meritorio que debe proveer la administración. Una garantía de ese suministro es un Poder Judicial independiente del Poder Político y el Poder Legislativo que impida el avance de aquel sobre sus facultades.

Por último, la Ley de Convertibilidad, que contribuyó a la estabilidad y el buen desempeño de la economía en los últimos dos años, ha permitido, al recuperarse posteriormente la solvencia del Estado, aventar el fantasma de nuevas transferencias de riqueza. Aún persiste un espectro, alimentado por el bajo tipo real de cambio, que es el de la devaluación. Además, se ciernen, vinculado a la cobertura de la base monetaria con reservas, y no de agregados monetarios más amplios, la potencial insolvencia del sector financiero ante expectativas que indujeran la conversión masiva de la moneda local en dólares. El gobierno, en una situación así, podría verse obligado a violentar la Ley de Convertibilidad so pena de dejar quebrar el sistema financiero e inducir una monstruosa recesión.

## Bibliografía

- Bethell, Tom (1992). La importancia del derecho a la propiedad privada en el progreso económico. Contribuciones 1/92, pp. 94-105. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.
- Bidart Campos, Germán J. (1986-89). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomos I-III. Editorial Ediar. Buenos Aires.
- Casas, Juan Carlos (1991). Nuevos políticos y nuevas políticas en la Argentina. Editorial Atlántida. Buenos Aires.
- Coing, Helmut (1961). Fundamentos de Filosofía del Derecho. Editorial Ariel. Barcelona.
- Conesa, Eduardo (1992). La Crisis del '93. Planeta Espejo de la Argentina. Buenos Aires.
- Fernández, Roque B. (1987). Crecer en Libertad. Ediciones El Cronista Comercial. Buenos Aires.
- García, Valeriano (1992). Las externalidades. Contribuciones 1/92, pp. 119-121. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.
- Guissarri, Adrián (1989). La Argentina Informal, realidad de la vida económica. Emecé Editores. Buenos Aires.
- Hayek, Friedrich (1978). Los fundamentos de la libertad. Unión Editorial SA. Madrid.
- Hayek, Friedrich (1950). Camino de Servidumbre. Alianza Editorial. Madrid.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (1993). Seguridad y Justicia. En Jurisprudencia Argentina. Doctrina. Número 5817, pp. 2 y siguientes. Buenos Aires, febrero.
- Landell-Mills, Pierre y Serageldin, Ismaél (1991). Governance and the External Factor. Proceedings of the World Bank, Annual Conference on Development Economics 1991, pp. 303-320. Banco Mundial. Washington.
- Linares Quintana, Segundo V. (1981). Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires.
- Linares Quintana, Segundo V. (1956-63). Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Tomos I al IX. Editorial Alfa. Buenos Aires.
- Llach, Juan J. (1987). Reconstrucción o Estancamiento. Editorial Tesis. Buenos Aires.
- Loñá Félix (1992). Estado de derecho y corrupción. Contribuciones 2/92, pp. 151-156. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.
- Martínez Paz, Fernando (1985). Introducción al Derecho. Editorial Abaco. Buenos Aires.

Mayer, Thomas y Thumann, Gunther (1990). Reforma monetaria radical: Alemania, 1948. Finanzas y Desarrollo, volumen 27, número 1, pp. 6-8. FMI-Banco Mundial. Washington, marzo.

Moisset de Espanés, Luis (1989). Informática, Seguridad Jurídica y responsabilidad del registrador. En Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Número 58, 1989-2. Córdoba.

Montes, Marcelo O. (1992). Hacia un marco institucional para la propiedad individual. Contribuciones 1/92, pp. 110-114. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.

Morello, Augusto Mario (1992a). El principio de la Seguridad Jurídica. En Jurisprudencia Argentina. Doctrina. Número 5806, pp. 2 y siguientes. Buenos Aires, 9 de diciembre.

Morello, Augusto Mario (1992b). Las dos Cortes. La de 1983 y la de 1990. En Jurisprudencia Argentina. Doctrina. Número 5808, pp. 2 y siguientes. Buenos Aires, 23 de diciembre.

Morishima, Michio (1984). Por qué ha "triunfado" el Japón. Espíritu japonés y eficacia occidental. Editorial Crítica, Grupo Editorial Grijalbo. Barcelona.

Nino, Carlos (1992). Un país al margen de la Ley. Emecé Editores. Buenos Aires.

Olivera, Julio H. G. (1977). La Seguridad Jurídica y el crecimiento económico. En *Economía Clásica Actual*, Ediciones Macchi. Buenos Aires.

Osterfeld, David (1992). Corrupción y desarrollo. Contribuciones 2/92, pp. 163-176. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.

Recásens Siches, L. (1936). Estudios de Filosofía del Derecho. Editorial Bosch. Barcelona.

Rojas, Ricardo M. (1992). Orden institucional, derecho de propiedad y corrupción. Contribuciones 2/92, pp. 177-186. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.

Rothbard, Murray (1992). Propiedad e intercambio. Contribuciones 1/92, pp. 105-110. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.

Röpke, Wilhelm (1966). Introducción a la Economía Política. Alianza Editorial. Madrid.

Sauer, Wilhelm (1933). Filosofía jurídica y social. Editorial Labor SA. Barcelona.

Schübohm, Horst (1992). Estado de derecho, orden jurídico y desarrollo. Contribuciones 2/92, pp. 156-163. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.

Schüller, Alfred (1992). La economía de los derechos de propiedad. Contribuciones 1/92, pp. 121-128. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.

Spisso, Rodolfo R. (1991). Derecho Constitucional Tributario. Editorial Depalma. Buenos Aires.

Spisso, Rodolfo R. (1992). Ley de Consolidación de Deudas del Estado. Editorial Depalma. Buenos Aires.

Tacconi Puccio, Marcelo (1992). Economía de mercado, orden jurídico y derecho de propiedad. Contribuciones 1/92, pp. 115-118. Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA. Buenos Aires, enero-marzo.

Vítolo, D. R. (1993). Decretos de necesidad y urgencia. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires.