

GUILLERMO SCHEIBLER (coord.)

# **El derecho administrativo de la emergencia, IV**

HÉCTOR A. MAIRAL, MIRTHA SOTELO DE ANDREAU, ARIEL CAPLÁN  
ENRIQUE G. MABROMATA, MARCELO BRICHETTO, INÉS D'ARGENIO  
MARÍA JULIA BARRESE, RICARDO M. ORTIZ, LUIS F. ARIAS  
MARÍA ANGÉLICA GELLI, GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA  
MARTÍN SILVA GARRETÓN, MARIO REJTMAN FARAH  
ESTELA B. SACRISTÁN, PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Buenos Aires

2005

## CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA (A PROPÓSITO DEL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO)

Por ESTELA B. SACRISTÁN

### *Introducción:*<sup>1</sup>

Todos conocemos, en forma casi intuitiva, las nociones de costo y beneficio. En cierto modo, en el lenguaje cotidiano, se las suele asociar a lo que conocemos como desventaja y ventaja, pérdida y utilidad, inconveniente y comodidad, y constituyen, indudablemente, factores a tomar en cuenta cuando se toma una decisión.

Consideremos –a modo de ejemplo– el caso del Congreso, el cual puede tener que decidir; por ejemplo, que un bien es de utilidad pública y declararlo sujeto a expropiación; dicha decisión, necesariamente, conlleva tomar en cuenta los costos involucrados –básicamente, el pago de la indemnización– y los beneficios –la utilidad pública emergente–, analizarlos, y producir la decisión, una decisión racional que informará el modo en que se votará. Lo mismo ocurre cuando la Administración decide que se lleve a cabo una obra pública, o cuando el Congreso o el Poder Ejecutivo toman medidas de emergencia política o de emergencia económica. En todas estas decisiones, así como en otras que a diario se adoptan, hay costos y beneficios involucrados.

En este trabajo, trataremos algunos aspectos de interés relativos al análisis de costo-beneficio frente a la legislación de emergencia. A tal fin, indagaremos en el concepto de análisis de costo-beneficio (sección II), su consagración legislativa en el Derecho norteamericano (sección III) y su introducción en el derecho positivo argentino (sección IV). Luego relacionaremos dicho análisis con la teoría de la decisión (sección V), y en especial con la toma de decisión legislativa en la emergencia (sección VI), haciendo lo propio, con mayor detenimiento, en el campo de la decisión en sede judicial (sección VII). Finalmente, esbozaremos las conclusiones pertinentes (sección VIII).

<sup>1</sup> La autora agradece la valiosa bibliografía sobre el tema sugerida por el Dr. ROBERTO J. VERNENCO en el marco de los cursos del Doctorado de la U.B.A. por él dictados; así como las observaciones y comentarios del Dr. LINO B. GALARCE en la etapa de elaboración de este trabajo.

## II. Concepto:

Desde el punto de vista de la economía moderna,<sup>2</sup> el análisis de costo-beneficio se categoriza como "esquema conceptual para la evaluación de proyectos públicos o privados."<sup>3</sup> Originario del campo de los proyectos —de inversión, de asistencia, entre otros— dicho análisis también se aplica en el ámbito de la toma de decisión, por lo que se habla de "costos y beneficios" de una decisión, la cual puede emanar tanto del sector privado como del sector público.

Cuando la decisión del ámbito público es de índole regulatoria, los "costos" se miden por medio de estudios econométricos que relacionan las funciones de producción y costos, por evaluaciones de gastos para medir cuánto le cuesta a la firma cumplir con la medida, por enfoques de ingeniería que miden el costo marginal de la nueva tecnología requerida, por estudios de productividad en presencia y en ausencia de la medida, y por modelos de equilibrio general que analizan cómo reacciona un mercado perfectamente competitivo ante la regulación.<sup>4</sup>

Por otro lado, los "beneficios" son más difíciles de medir, por lo que se recaban opiniones sobre cuánto se pagaría por los cambios regulatorios propuestos, o se infiere, del estudio de comportamientos, el monto realmente sufragado<sup>5</sup> a lo largo del tiempo.

**Análisis C/B y análisis financiero:** Es menester aclarar que el análisis C/B se diferencia del análisis financiero en tanto aquél considera "todo" lo que se gana —todos los beneficios— o se pierde —todos los costos—, sin diferenciar "quién" gana o pierde. No se analizan los costos y beneficios con relación a una firma, sino con relación a un universo de personas —de allí que se lo llame también análisis "social" de costo/beneficio—, universo que puede llegar a incluir a toda una Nación; de allí que CASSAGNE haya afirmado, por ejemplo, que "el costo de los mecanismos estatales que inciden artificialmente sobre el mercado termina siendo pagado por la propia comunidad, sobre cuyos miembros recaen los efectos nocivos de una economía ineficiente."<sup>6</sup>

Asimismo, los costos y beneficios, bajo este enfoque, son valuados a valor neto presente<sup>7</sup>, lo cual otorga al análisis una cuota de atemporalidad, y en este punto también se diferencia del análisis financiero.

<sup>2</sup> PEARCE, DAVID W. (Ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1999, 4<sup>th</sup> ed., p. 83.

<sup>3</sup> PEARCE, *op. cit.*, p. 83. Para este empleo del análisis que nos ocupa, en el ámbito nacional —por aplicación del art. III, inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759- (Adla LVII-A, p. 12 y ss.) respecto de las contrataciones estatales, véase GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, 5<sup>a</sup> ed., pp. XVI-15/17.

<sup>4</sup> GUASCH, J. LUIS Y HAHN, ROBERT W., "The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries", en *The World Bank Research Observer vol. 14, N° 1 (Feb. 1999)*, Washington D.C., The World Bank, pp. 137/158, esp. pp. 139/140.

<sup>5</sup> GUASCH ET AL., *op. cit.*, p. 140.

<sup>6</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002, 7<sup>a</sup> ed. act., t. II, p. 378.

**Análisis C/B, eficiente**  
beneficios toma en consideración los medios y fines; se afirma cuando sirve para alcanzar la máxima cantidad posible de recurso o producto o *output*,<sup>8</sup> con lo que, pudiéndose obtener un beneficio mayor que el que se obtiene con aquella decisión, entonces, aquella decisión será eficiente.<sup>10</sup> Esta es la razón por la que al señalar que "el análisis de costo-beneficio es un método de una regulación."<sup>11</sup>

Ello, por cierto, es una consecuencia de una decisión. Una decisión es eficiente cuando se trata de la máxima utilidad. Tal evaluación del éxito de una decisión requiere la ponderación de la eficiencia —eficiencia y eficacia— al fin de determinar si la decisión es eficiente.

**Costo de oportunidad:** El costo de oportunidad es el costo de comprender esta noción, de determinar si la decisión es eficiente, y costo es toda utilidad "perdida" del proyecto o decisión.

<sup>7</sup> PEARCE, *op. cit.*, p. 83.

<sup>8</sup> FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS, *Los Servicios Públicos - Teoría y de los Servicios Públicos - Teoría y de los Servicios Públicos*, 48 y p. 66, nota 1; BEKER, VICTOR, *El Costo de Oportunidad*, 1<sup>a</sup> ed. en español, p. 64; SANGELI, G. J., *Costo de Oportunidad*, Graw Hill, 1995, 15<sup>th</sup> ed., p. 31.

<sup>9</sup> VALSECCHI, FRANCISCO, *¿Qué es el Costo de Oportunidad?*, en *Revista de Economía*, N° 36/38, enero-diciembre 2001, p. 17.

<sup>10</sup> Para las distintas clases de referencia al factor X", en *Revista de Economía*, N° 36/38, enero-diciembre 2001, p. 17.

<sup>11</sup> BUSTAMANTE, JORGE E., *Desarrollo Económico*, Abeledo Perrot, 1993, p. 17, si bien el concepto de costo de oportunidad se refiere a las diferencias entre las privatizaciones de la década de los ochenta.

<sup>12</sup> Sobre las diferencias entre las privatizaciones de la década de los ochenta y los procesos de privatización", en *La Evolución de los principios aplicados a la privatización*, en *La Evolución de los principios aplicados a la privatización*, p. 17.

<sup>13</sup> Ello fue explicado en "Eficiencia y Eficacia", en *La Evolución de los principios aplicados a la privatización*, p. 17.

<sup>14</sup> Para un ejemplo de exigencia de eficiencia, véase la resolución 12/02 (B.O. 2 de febrero de 1999), por cuyo art. 1° se regula la adquisición de bienes y servicios, la obligación de eficiencia y la eficacia de esta Sociedad del Estado."

...sis de costo-beneficio se  
...de proyectos públicos o  
...versión, de asistencia,  
...de la toma de decisión,  
...n, la cual puede emanar

...ulatoria, los "costos" se  
...an las funciones de pro-  
...ir cuánto le cuesta a la  
...que miden el costo mar-  
...ductividad en presencia  
...neral que analizan cómo  
...regulación.<sup>4</sup>

...ir, por lo que se recaban  
...torios propuestos, o se  
...nte sufragado<sup>5</sup> a lo largo

...clarar que el análisis C/  
...nsidera "todo" lo que se  
..., sin diferenciar "quién"  
...lación a una firma, sino  
...llame también análisis  
...cluir a toda una Nación;  
...costo de los mecanismos  
...mina siendo pagado por  
...efectos nocivos de una

...on valuados a valor neto  
...ralidad, y en este punto

...n *Economics*, Cambridge,

...ocupa, en el ámbito nacional  
...icana contra la Corrupción  
...las contrataciones estatales,  
...mo I, Buenos Aires, Funda-

...Regulation: Implications for  
...vol. 14, N° 1 (Feb. 1999),

...Lexis Nexis Abeledo-Perrot,

**Análisis C/B, eficiencia, eficacia:** Al señalar que el análisis de costos y beneficios toma en consideración "todos" los costos, es inevitable que lo relacionemos con la noción de eficiencia. En efecto, cuando ésta es considerada, se comparan medios y fines; se afirma, de manera intuitiva, que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo, con la menor cantidad posible de recursos -input- para obtener una determinada cantidad de producto o output,<sup>8</sup> con lo que la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo<sup>9</sup> o gasto. Desde el punto de vista de la eficiencia, entonces, aquella decisión tomada previo análisis C/B, que irrogue el menor costo, será eficiente.<sup>10</sup> Esta es, precisamente, la idea transmitida por BUSTAMANTE al señalar que "el análisis de costo-beneficio es esencial para evaluar la eficiencia de una regulación."<sup>11</sup>

Ello, por cierto, es una cuestión que se diferencia del análisis de la eficacia<sup>12</sup> de una decisión. Una decisión es eficaz cuando sirve al propósito para el cual estaba enderezada; se trata de la verificación del resultado tenido en cuenta al decidir.<sup>13</sup> Tal evaluación del éxito de una medida ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma;<sup>14</sup> volveremos sobre estos dos conceptos -eficiencia y eficacia- al final de este trabajo.

**Costo de oportunidad:** Las decisiones tienen un "costo de oportunidad." Para comprender esta noción, debemos tener presente que un beneficio es toda utilidad obtenida, y costo es toda utilidad perdida en tanto medido por el "costo de oportunidad" del proyecto o decisión de que se trate. El costo de oportunidad es el valor

<sup>7</sup> PEARCE, *op. cit.*, p. 83.

<sup>8</sup> FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos - Teoría y Experiencia Argentina Reciente*, Buenos Aires, 1999, p. 48 y p. 66, nota 1; BEKER, VÍCTOR A. y MOCHÓN, FRANCISCO, *Economía*, Madrid, McGraw Hill, 1994, 1ª ed. en español, p. 64; SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economics*, New York, McGraw Hill, 1995, 15ª ed., p. 31.

<sup>9</sup> VALSECCHI, FRANCISCO, *¿Qué es la Economía?*, Buenos Aires, Macchi, 1996, 20ª ed., p. 20.

<sup>10</sup> Para las distintas clases de eficiencia, nos remitimos a "Eficiencia y Tarifas (con especial referencia al factor X)", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 2001, N° 36/38, enero-diciembre 2001, pp. 173/202.

<sup>11</sup> BUSTAMANTE, JORGE E., *Desregulación - Entre el Derecho y la Economía*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 17, si bien en relación con el gasto público.

<sup>12</sup> Sobre las diferencias entre ambos términos también se explaya CASSAGNE, a propósito de las privatizaciones de la década del '90, su eficacia y eficiencia, véase CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en *La Ley del 27/2/02*, p. 1.

<sup>13</sup> Ello fue explicado en "Eficiencia...", *op. cit.*, 173 y ss. (ver Nota 10).

<sup>14</sup> Para un ejemplo de exigencia de eficacia de la contratación -art. II, inc. 2., Ley 24.759- véase la resolución 12/02 (B.O. 2/5/02) para el Sistema Nacional de Medios Públicos (Sociedad del Estado), por cuyo art. 1º se resuelve "establecer con carácter previo a efectuar toda contratación de bienes y servicios, la obligación de las gerencias respectivas, de emitir un dictamen sobre la equidad y la eficacia de tales contrataciones con relación a los fines perseguidos por esta Sociedad del Estado."

del bien o servicio al que se renuncia en un mundo de escasez,<sup>15</sup> cuando se toma una decisión. Decidir hacer algo tiene un precio: cuesta no hacer otra cosa; la noción de costo de oportunidad sugiere que algo —un curso de acción— es rechazado a fin de obtener algo distinto.<sup>16</sup> Consideremos dos ejemplos:

El primero es brindado por SAMUELSON,<sup>17</sup> quien enseña que se pueden cursar estudios universitarios o no, pero para valuar el costo de oportunidad de estudiar en la universidad, hay que sumar —además de los libros y transporte— el tiempo de ir a las clases y el tiempo dedicado a estudiar; en esta escena, ese tiempo es un costo de oportunidad.

Volviendo al ejemplo del legislador, si en la ley de presupuesto adopta la decisión —política— de que se destine el 5% del presupuesto a salud, esa decisión tendrá el costo de oportunidad de que ese porcentaje no se destine a otra jurisdicción, por ejemplo, educación. Como vemos, los costos de oportunidad hacen a que “los recursos pueden utilizarse con otros fines;”<sup>18</sup> al decidir utilizarlos con un determinado fin, existe el costo de oportunidad de no utilizarlos para otro.

Los institutos jurídicos —la legislación, por ejemplo— también trae aparejados costos de oportunidad. La legislación afecta a las personas impactando sobre los costos de oportunidad involucrados en sus decisiones, actúen como compradores, vendedores, inversores, empresarios, votantes, conciudadanos. De tal manera, la legislación viene a determinar las consecuencias de la decisión particular que se adopte. Esas consecuencias, a su vez, pueden ser internalizadas por quien se halla dotado de competencia para decidir; en ese caso los beneficios anticipados y costos de oportunidad de un futuro curso de acción impactan casi exclusivamente sobre las utilidades de aquél, y no sobre los demás.<sup>19</sup> En otros casos, no se opera esa internalización, y es entonces que los institutos del Derecho deben buscar el necesario equilibrio.

### III. *El análisis de costo-beneficio en la legislación de los EEUU*

En los Estados Unidos, el análisis costo-beneficio frente a las medidas que puede adoptar la Administración es un deber jurídico<sup>20</sup> generalizado en el ámbito administrativo.

Recordemos que fue el ex-Presidente RONALD REAGAN quien, por primera vez, dictó un decreto —una *executive order*— por la cual se exige hoy a todas las *agen-*

<sup>15</sup> SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM D., *Economía*, (RABASCO, E. y TOHARIA, L., trads.), Madrid, 1999, 16ª ed., p. 129.

<sup>16</sup> Véase una detallada explicación en BUCHANAN, JAMES M., "Opportunity Costs and Legal Institutions", en NEWMAN, PETER (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londres, Macmillan, 1998, vol. 2, p. 710 y ss.

<sup>17</sup> SAMUELSON ET AL., *Economía*, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> SAMUELSON ET AL., *Economía*, *op. cit.* p. 131.

<sup>19</sup> BUCHANAN, *op. cit.*, p. 714.

<sup>20</sup> Ampliar en HAHN, ROBERT W. y SUNSTEIN, CASS R., "A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis", Working Paper 02-4, AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, s/l, 2002.

cias —órganos y ente dictado de una medi ex-Presidente BILL Actualmente, las m

a) Executive Ord bar una prueba de (

b) Executive Ord anual regulatorio y

c) Executive Ord agencias incluyan la

En cuanto al Poder esta clase de an fracasó en la Cámara prosperó.<sup>24</sup> Sin embargo aplicable a decisión apta para el co

La rama judicial f análisis de C/B, des efectuarse el control nimicen los costos y norma. Así por ejemplo se permite que la Ad

a) formule excepci los riesgos pequeños;

b) equilibre riesgo creados por esa mism

c) se exima de regulógicamente;<sup>31</sup>

d) equilibre costo

<sup>21</sup> 3 Code of Federal F

<sup>22</sup> 3 Code of Federal F

<sup>23</sup> 3 Code of Federal F

<sup>24</sup> HAHN ET AL., *op. cit.*,

<sup>25</sup> Unfunded Mandate: menos costosa, más efectiva el responsable de aquéllos

<sup>26</sup> Food Quality Protec

<sup>27</sup> Safe Drinking Water

<sup>28</sup> Biennial Review Pr

<sup>29</sup> Coalition v. Dole, 82

<sup>30</sup> American Trucking

<sup>31</sup> National Reserve D

<sup>32</sup> Competitive Enterte

casez,<sup>15</sup> cuando se toma a no hacer otra cosa; la de acción— es rechazado os:

ia que se pueden cursar oportunidad de estudiar transporte— el tiempo de escena, ese tiempo es un

supuesto adopta la decialud, esa decisión tendrá e a otra jurisdicción, por ad hacen a que “los recurros con un determinado otro.

ambién trae aparejados costactando sobre los costos de compradores, vendedores, lanera, la legislación viene se adopte. Esas consecuentado de competencia para tunidad de un futuro curso les de aquél, y no sobre los es entonces que los institu-

ión de los EEUU

e a las medidas que puede dizado en el ámbito admi-

N quien, por primera vez, xige hoy a todas las agen-

BASCO, E. y TOHARIA, L., trads.),

"Opportunity Costs and Legal ury of Economics and the Law,

Executive Order for Improving s", Working Paper 02-4, AEI

cies—órganos y entes administrativos— que empleen esa clase de análisis antes del dictado de una medida. La política de REAGAN fue posteriormente continuada por el ex-Presidente BILL CLINTON, quien también emitió regulaciones en la materia. Actualmente, las medidas que exigen este análisis son las siguientes:

- a) Executive Order No. 12.291<sup>21</sup>, por la cual todas las regulaciones deben aprobar una prueba de C/B;
- b) Executive Order No. 12.498,<sup>22</sup> que requiere que las *agencias* envíen un plan anual regulatorio y que les exige que adhieran a los principios de C/B;
- c) Executive Order No. 12.866,<sup>23</sup> por la cual expresamente se exige que las *agencias* incluyan la mensura cualitativa de los C/B.

En cuanto al Poder Legislativo, existió un primer intento—en 1982— de implantar esta clase de análisis por ley. Si bien la iniciativa tuvo éxito en el Senado, fracasó en la Cámara de Diputados, por lo que el respectivo proyecto de ley no prosperó.<sup>24</sup> Sin embargo, a nivel sectorial, se prevé el análisis de C/B en la legislación aplicable a decisiones de las *agencias*,<sup>25</sup> y en la relativa a la alimentación<sup>26</sup>, agua apta para el consumo,<sup>27</sup> telecomunicaciones,<sup>28</sup> entre otras.

La rama judicial federal norteamericana también ha demostrado interés en el análisis de C/B, desarrollando una serie de reglas—de aplicación supletoria al efectuarse el control judicial— que permiten que las *agencias* administrativas minimicen los costos y maximicen los beneficios en los casos de ambigüedad de la norma. Así por ejemplo, salvo que el Congreso lo haya dispuesto de otra manera, se permite que la Administración:

- a) formule excepciones a la ley tal que se excluya de los controles regulatorios a los riesgos pequeños;<sup>29</sup>
- b) equilibre riesgos a la salud creados por una regulación y beneficios a la salud creados por esa misma regulación;<sup>30</sup>
- c) se exima de regular cuando ello ya no es posible (*feasible*) económica o tecnológicamente;<sup>31</sup>
- d) equilibre costos contra beneficios al dictar las regulaciones.<sup>32</sup>

<sup>21</sup> 3 Code of Federal Regulations 127 (1982).

<sup>22</sup> 3 Code of Federal Regulations 323 (1986).

<sup>23</sup> 3 Code of Federal Regulations 638, 639 (1994).

<sup>24</sup> HAHN ET AL, *op. cit.*, p. 15.

<sup>25</sup> Unfunded Mandates Reform Act, de 1995, por la cual la *agency* debe elegir la "alternativa menos costosa, más efectiva desde el punto de vista de los costos, o menos gravosa", salvo que el responsable de aquella pueda fundar la no adopción de esa alternativa.

<sup>26</sup> Food Quality Protection Act, de 1996.

<sup>27</sup> Safe Drinking Water Act Amendment, de 1996.

<sup>28</sup> Biennial Review Provision of the Telecommunications Act, de 1996.

<sup>29</sup> Coalition v. Dole, 826 F.2d 60, p. 72 (D.C.Cir., 1987).

<sup>30</sup> American Trucking Association v. EPA, 175 F.2d 1027, p. 1052 (1999).

<sup>31</sup> National Reserve Defense Council v. EPA, 824 F.2d 1146 (D.C.Cir. 1987).

<sup>32</sup> Competitive Entertainment v. NHTSA, 956 F.2d 321 (D.C.Cir., 1992).

#### IV. El análisis de costo-beneficio en la legislación de nuestro país:

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, sancionada en 1996. Ello, sin embargo, de forma elíptica pues la norma no alude expresamente al "análisis costo-beneficio" sino a la "eficiencia" de la decisión.

El Artículo III, inc. 5° de dicha Convención—sobre la cual se exploya GORDILLO detalladamente—<sup>33</sup> establece que: "[L]os Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la (...) eficiencia de tales sistemas."<sup>34</sup>

Tal disposición legal aparece como de índole preventiva, y es establecida teniendo en cuenta los fines consagrados en el Artículo II de la Convención, tales los de: "1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio."

Como se ve, la norma—en tanto instrumento para la obtención de decisiones eficientes—es aplicable no sólo a las contrataciones de funcionarios públicos, sino también a la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, y entendemos que trae implícito el análisis costo-beneficio pues las medidas o decisiones—en el caso, contrataciones—pueden ser consideradas eficientes en tanto sean adoptadas al menor costo y los costos se ponderan con relación a los beneficios. En otras palabras, como vimos en la sección II—al referirnos al análisis C/B, a la eficiencia y a la eficacia—, la decisión adoptada con previo análisis de costos y beneficios será eficiente;<sup>35</sup> por ende, el objetivo de eficiencia establecido en la ley puede ser interpretado en el sentido de conllevar tal clase de análisis.

Un concreto ejemplo de adopción, por parte del legislador, del análisis que nos ocupa proviene de una reglamentación emanada de la SIGEN: nos referimos a la resolución 192/02 de la Sindicatura General de la Nación,<sup>36</sup> de fines del 2002, que

<sup>33</sup> GORDILLO, *op. cit.* pp. XVI-15/17.

<sup>34</sup> Además del art. III, inc. 5° de la Convención aprobada por ley 24.759, del que da cuenta GORDILLO, *op. loc. cit.* en nota anterior, véanse la ley 23.696, art. 69 sobre privatización de servicios y 23.697, arts. 43, 44, 56, 84; dec. 1023/01, arts. 3° inc. a) y 9°; dec. 992/01, art. 12 y cláusula 1 del modelo de contrato para el sistema de administración de Unidad Ejecutora de Programa, en lo referido a decisiones eficientes.

<sup>35</sup> BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>36</sup> B.O. 9/12/02, p. 3, y su complementaria en el B.O. del 13/12/02, p. 15.

regula la decisión eficiente conflicto llevado a sede judi pueden o no superar los be premencionada resolución, c la expresión "perjuicio fiscal cio al Fisco, y fija la pauta, u perjuicio fiscal, para deterr ciar actuaciones judiciales e en que "procede establecer u su recupero devenga razona Ello, en razón de que "en la r de los gastos causídicos que negativa y termine produci que mencionamos resuelve f de sumas inferiores al 50% nivel "A" del escalafón,<sup>39</sup> o bi "fundada, precisa y concreta va."<sup>40 41</sup>

V

Como dijimos, el análisis C/B de inversión pública o priva decisiones, en el estudio de c

La teoría de la decisión, e "racionales,"<sup>42</sup> e incluye, bás: a) la teoría de la decisión en s nes racionales en la medida c de poder y competencia, y qu satisfacción, esto es, a soluc juegos o *game theory*, que h poder o dominación y de com o *social decision theory*, que s

<sup>37</sup> Res. SIGEN 192/02, cons. 4°

<sup>38</sup> Res. SIGEN 192/02, cons. 4°

<sup>39</sup> Res. SIGEN 192/02, art. 1°.

<sup>40</sup> Res. SIGEN 192/02, art. 1°.

<sup>41</sup> Nótese cómo la resolución l requisito de motivación, art. 7°, i el caso, los costos superan los ber norma- sino motivada en forma:

<sup>42</sup> Conf. HÖFFE, OTTFRIED, *Estu México, Fontamara, 1997, 2ª ed.*,

<sup>43</sup> HÖFFE, *op. cit.*, pp. 157/166.

de nuestro país:

ro país, la introducción que permite la determi- 1.759, de aprobación de icionada en 1996. Ello, resamente al "análisis

tal se explyaya GORDILLO nvienen en considerar as institucionales, des- ara la contratación de servicios por parte del

y es establecida tien- onvención, tales los de: s Estados Partes, de los r y erradicar la corrup- re los Estados Partes a prevenir, detectar, san- e las funciones públicas . tal ejercicio."

obtención de decisiones cionarios públicos, sino el Estado, y entendemos idas o decisiones —en el en tanto sean adoptadas os beneficios. En otras disis C/B, a la eficiencia : costos y beneficios será n la ley puede ser inter-

lor, del análisis que nos GEN: nos referimos a la ,<sup>36</sup> de fines del 2002, que

y 24.759, del que da cuenta . 69 sobre privatización de ) y 9°; dec. 992/01, art. 12 y ión de Unidad Ejecutora de

regula la decisión eficiente en materia de perjuicio fiscal. Como sabemos, todo conflicto llevado a sede judicial depara costos, y, según los casos, dichos costos pueden o no superar los beneficios de una sentencia favorable. Pues bien, la premencionada resolución, dictada con invocación del decreto 1154/97 interpreta la expresión "perjuicio fiscal registrado" a los efectos de cuándo se opera un perjuicio al Fisco, y fija la pauta, una vez determinada la responsabilidad y el monto del perjuicio fiscal, para determinar la "economicidad" o "antieconomicidad" de iniciar actuaciones judiciales contra el responsable. La citada resolución se motiva en que "procede establecer un monto mínimo del daño patrimonial, debajo del cual su recupero devenga razonablemente antieconómico para el Estado Nacional."<sup>37</sup> Ello, en razón de que "en la medida en que la relación costo-beneficio, en función de los gastos causídicos que demanden las actuaciones judiciales, pueda resultar negativa y termine produciendo un mayor menoscabo."<sup>38</sup> Por ello, la resolución que mencionamos resuelve fijar dos "pautas de antieconomicidad": a) el recupero de sumas inferiores al 50% de la asignación mensual básica de los agentes de nivel "A" del escalafón,<sup>39</sup> o bien b) en el caso de montos mayores, que se demuestre "fundada, precisa y concretamente" que la relación costo-beneficio resulte negativa.<sup>40 41</sup>

#### V. La teoría de la decisión:

Como dijimos, el análisis C/B, inicialmente aplicado a la evaluación de proyectos de inversión pública o privada, pasó a ser empleado también en el campo de las decisiones, en el estudio de cómo se arriba a decisiones.

La teoría de la decisión, en sentido amplio, estudia cómo arribar a decisiones "racionales,"<sup>42</sup> e incluye, básicamente, tres formas,<sup>43</sup> las cuales son las siguientes: a) la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, que estudia decisiones racionales en la medida en que cada una de ellas es tomada en un medio vacío de poder y competencia, y que sólo apunta a la búsqueda del máximo de utilidad o satisfacción, esto es, a soluciones económicamente eficientes; b) la teoría de los juegos o *game theory*, que hace lo mismo pero tomando en cuenta elementos de poder o dominación y de competencia; y c) la teoría de la decisión social o colectiva o *social decision theory*, que surge de la Economía del Bienestar, y que, enraizando

<sup>37</sup> Res. SIGEN 192/02, cons. 4°.

<sup>38</sup> Res. SIGEN 192/02, cons. 4°.

<sup>39</sup> Res. SIGEN 192/02, art. 1°.

<sup>40</sup> Res. SIGEN 192/02, art. 1°.

<sup>41</sup> Nótese cómo la resolución brinda precisiones sobre un elemento reglado del acto, tal el requisito de motivación, art. 7°, inc. e), LPA; en efecto, la motivación de la decisión de que, en el caso, los costos superan los beneficios, debe ser no sólo motivada —en virtud de la precitada norma— sino motivada en forma: a) fundada, b) precisa, y c) concreta.

<sup>42</sup> Conf. HÖFFE, OTTFRIED, *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, (SEÑA, J., trad.), México, Fontamara, 1997, 2ª ed., p. 155.

<sup>43</sup> HÖFFE, *op. cit.*, pp. 157/166.

en las anteriores, apunta a obtener decisiones colectivas en una situación de ausencia de dominación: se parte de intereses parciales para arribar a un interés total.

De acuerdo con lo dicho, y dado que la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory* estudia específicamente las decisiones racionales tendientes a la obtención del máximo de utilidad o satisfacción —esto es, la obtención del máximo “beneficio” al menor “costo,” o la obtención de una solución eficiente—, es conveniente detenerse en esta teoría de cara al tema específico de este trabajo. Ni implica ello que se desmerezcan los restantes enfoques —bajo la teoría de los juegos y bajo la teoría de la decisión social— sino que, por razones de extensión, se centrará el análisis en aquella forma estricta de la teoría.

**Contextos:** En el marco de la normalidad, y en el marco de la emergencia, se toman decisiones, y el decisor —ciertamente— apuntará a tomar una decisión racional. Ya vimos que en una situación de normalidad el Congreso puede declarar la utilidad pública de un bien; o la Administración puede decidir que se haga una obra pública. De igual modo, en una situación de anormalidad, puede ocurrir que aquél decida establecer una moratoria hipotecaria, o que éste decida una novación de los depósitos de plazo fijo por encima de determinado monto. Ahora, bajo la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, y desde el punto de vista de la información o punto de vista informacional, las decisiones —se tomen en un contexto de normalidad o de emergencia— pueden adoptarse en situación de a) certeza; b) bajo riesgo; o bien c) bajo incertidumbre o bajo ignorancia.<sup>44</sup>

Ello depende que se conozcan con certeza o no los “resultados” de las alternativas. Nótese que la doctrina<sup>45</sup> ha señalado que, en tal proceso decisional, no se considera la “base” de información empleada, o su evaluación subjetiva —obsolescencia de los datos, científicidad de los mismos, autoridad de los autores—, sino que lo que se toma en cuenta es la “certeza” sobre los resultados de las alternativas. Además, tampoco se consideran los valores o fines plurales sino singulares —requiriéndose una sola ordenación de valores—, pues sólo se trata de arribar a una decisión “racional,” no subjetiva o fruto de una corazonada (*hunch*). La decisión “bajo certeza” tiene por fin la maximización de los beneficios con una minimización de costos, teniéndose certeza sobre los resultados de las alternativas. Ello se puede cuantificar mediante una “matriz de utilidad” en la que los resultados de las diversas alternativas son correlacionados con las correspondientes utilidades subjetivas. La decisión “bajo riesgo” también tiende a la maximización de beneficios al mínimo costo, pero como se basa parcialmente en probabilidades subjetivas, estimaciones, pues en esta hipótesis no se tiene certeza sobre los resultados de las alternativas, apuntará a la obtención de las máximas “expectativas de utilidad” que uno vincula con una alternativa. Un ejemplo de esta clase de

<sup>44</sup> HOFFE, *op. cit.*, pp. 159/161.

<sup>45</sup> HOFFE, *op. cit.*, pp. 159/161.

decisiones es la decisión sobrevaluado o subvaluado o ignorancia son las que se dan ni las probabilidades en una situación más ventajosa o desfavorable, además de

**Aclaraciones. El p**  
ahora, algunas precisiones

a) Por un lado, es meramente, en una sola de los ejemplos, una inversión —sujeto a los resultados de los informes correspondientes

b) Además, las probabilidades lo cual contribuye a su certeza

c) Más importante aún y ULLEN<sup>49</sup> y HAHN<sup>50</sup> — el análisis de una cantidad “extraordinaria”

En Argentina hemos considerado este aspecto. Recordemos los antecedentes Administrativos de alcance general, que “el obtener los informes previos de la iniciativa, acumulaciones y enmiendas”. De

<sup>46</sup> Las reglas de derecho de probabilidad, ha sido analizado en *Redistributive Legal Rules* en University Press, Cambridge.

<sup>47</sup> RESNIK, MICHAEL, *Choice* of Minnesota Press, 1987, p.

<sup>48</sup> LAFFONT, JEAN-JACQUES, *La* 2000, p. 22.

<sup>49</sup> COOTER, ROBERT y ULEN, *El* Fondo de Cultura Económica, *La elección de quien lo utilice, y el administrador*.

<sup>50</sup> HAHN ET AL, *op. cit.*, p. 8. *El costo completo de las consecuencias. Los funcionarios deben entenderlo, cost-benefit action, in both quantitative before them when they make d*

vas en una situación de aus para arribar a un interés

ecisión en sentido estricto o s racionales tendientes a la es, la obtención del máximo lución eficiente—, es conve- lico de este trabajo. Ni impli- ajo la teoría de los juegos y es de extensión, se centrará

marco de la emergencia, se rá a tomar una decisión ra- el Congreso puede declarar e de decidir que se haga una malidad, puede ocurrir que ue éste decida una novación ado monto. Ahora, bajo la ry, y desde el punto de vista decisiones —se tomen en un loptarse en situación de a) oajo ignorancia.<sup>44</sup>

esultados” de las alternati- l proceso decisional, no se u evaluación subjetiva —, autoridad de los autores—, los resultados de las alter- fines plurales sino singula- es sólo se trata de arribar a razonada (*hunch*). La deci- de los beneficios con una resultados de las alternati- de utilidad” en la que los ados con las correspondien- én tiende a la maximización almente en probabilidades ene certeza sobre los resul- as máximas “expectativas a ejemplo de esta clase de

decisiones es la decisión en materia de inversiones, en las que el riesgo podrá ser sobrevaluado o subvaluado.<sup>46</sup> Por último, las decisiones “bajo incertidumbre” o ignorancia son las que se toman en un medio en que no se conocen ni los resulta- dos ni las probabilidades. Por ende, se tratará de maximizar los beneficios en la situación más ventajosa, y de minimizar los inconvenientes en la situación más desfavorable, además de aplicarse el principio del menor pesar.

**Aclaraciones. El problema de la información:** Vale la pena formular, ahora, algunas precisiones:

a) Por un lado, es menester aclarar que las decisiones no caen, irremediable- mente, en una sola de las categorías, sino que constituyen idealizaciones;<sup>47</sup> por ejemplo, una inversión —buscar petróleo en cierto lugar— puede decidirse bajo ries- go sujeto a los resultados del cateo y exploración, o bajo certeza por contarse con los informes correspondientes a esas operaciones.

b) Además, las probabilidades suelen contar con el soporte de las estadísticas, lo cual contribuye a su cuantificación.

c) Más importante aun —tal como lo han señalado entre otros LAFFONT,<sup>48</sup> COOTER y ULLEN<sup>49</sup> y HAHN<sup>50</sup>— el análisis de las utilidades o expectativas de utilidad requiere una cantidad “extraordinaria” de información.

En Argentina hemos conocido la preocupación del Poder Ejecutivo por este últi- mo aspecto. Recordemos, si no, el antiguo art. 104 del Reglamento de Procedi- mientos Administrativos que establecía, con relación a la elaboración de actos de alcance general, que “el órgano o ente delegado deberá realizar los estudios y obtener los informes previos que garanticen la juridicidad, acierto y oportunidad de la iniciativa, acumulando los dictámenes y consultas evacuadas, las observa- ciones y enmiendas”. De los elementos enumerados —estudios, informes previos,

<sup>46</sup> Las reglas de derecho redistributivas, y el problema que enfrentan en un contexto de probabilidad, ha sido analizado por JOLLS, CHRISTINE, «Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules» en SUNSTEIN, CASS R. (Ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, ps. 288 y ss., esp. ps. 290/293.

<sup>47</sup> RESNIK, MICHAEL, *Choices - An Introduction to Decision Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p. 13/14.

<sup>48</sup> LAFFONT, JEAN-JACQUES, *Incentives and Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 22.

<sup>49</sup> COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Derecho y Economía*, (trad. de EDUARDO L. SUÁREZ) México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 402: “El análisis de costo-beneficio exige mucha infor- mación de quien lo utilice, ya se trate de un victimario, un tribunal, una legislatura o un administrador”.

<sup>50</sup> HAHN ET AL, *op. cit.*, p. 8. “Así entendido, el análisis de costo-beneficio requiere un informe completo de las consecuencias de la medida, tanto en términos cuantitativos como cualita- tivos. Los funcionarios deberían tener ese informe frente a ellos cuando toman decisiones” (“Thus understood, cost-benefit analysis requires a full accounting of the consequences of an action, in both quantitative and qualitative terms. Officials should have this accounting before them when they make decisions”).

dictámenes— podría inferirse una consideración del acierto y oportunidad —además de la juridicidad— con base en aquella información.

A modo de ejemplo que surge de la legislación vigente, podemos destacar que esta facultad de captar información “antes” de la toma de decisión fue incorporada al universo de facultades de los principales entes reguladores, por medio de la figura del “requerimiento de información.”<sup>51</sup> Lo dicho llama a una reflexión más basada en la experiencia que ha ofrecido nuestro país en el marco de la renegociación de los contratos de servicios públicos bajo la ley 25.561: en esa renegociación, no se halló, originariamente, contemplada, la intervención de los entes reguladores,<sup>52</sup> que poseen la información que las firmas reguladas, voluntariamente o bajo requerimiento, le han ido proveyendo a lo largo de los años; situación esta que fue modificada posteriormente.<sup>53</sup>

Finalmente, tal información recabada podrá ser empleada para predeterminar los costos y beneficios de la decisión en cuestión.

#### VI. La toma de decisión en la emergencia. La decisión del legislador:

Pasando ahora de lleno al tema que nos ocupa —el control judicial de las medidas de emergencia económica,<sup>54</sup> veamos qué sucede cuando se efectúa el control judicial de las medidas de alcance general dictadas en razón de una emergencia económica. Tales reflexiones sobre la labor del legislador son necesarias en forma previa a discurrir sobre la decisión judicial ya que, en caso de existir tal análisis por parte del legislador, el mismo servirá: a) de fundamentación de la medida en tanto expresión de las razones que llevan a su adopción, y, además, b) ilustrará al decisor judicial cuando deba aplicar la norma al caso en concreto.

Por ende, en esta sección analizaremos los caracteres y clases de emergencia económica, las consecuencias en el plano de la actual emergencia económica, y, a modo de ejercicio de aplicación, indagaremos en los costos y beneficios que puedan haber sido tomados en consideración por el legislador en torno a los decretos 1570/01, 214/02 y a la ley 25.561. A su vez, en la sección siguiente se analizará la cuestión del análisis de costos y beneficios en sede judicial.

<sup>51</sup> ENARGAS, Ley 24.076, art. 52, inc. o); ORSNA, Decreto 375/97, art. 17, incs. 23 y 29; ENRE, Ley 24.065, art. 56, inc. n); ETOSS, Decreto 999/92, Art. 17, inc. c); OCRABA, Decreto 1994/93, art. 16, inc. g); ampliar en BIANCHI, ALBERTO B., *La Regulación Económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 275 y notas.

<sup>52</sup> Hecho oportunamente destacado por ROTA, PATRICIA, “Resolución 20/2002. Las Normas de Procedimiento para la Renegociación de los Contratos de Prestación de Obras y Servicios Públicos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2002, N° 40, p. 471 y ss., esp. p. 474: “Por otro lado, se puede observar la falta de representación de los entes reguladores en [la Comisión], pues concurren sólo los secretarios ministeriales de las áreas correspondientes”.

<sup>53</sup> Res. 487/2002, del 11/10/02, B.O. 17/10/02, p. 24.

<sup>54</sup> Recordemos que, como enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema, las situaciones pueden ser: a) de normalidad, y b) de emergencia; a su vez, las emergencias pueden ser: b.1)

**Caracteres:** Las s-  
das por afectar la su-  
“imprevista,” conform-  
cia la existencia de en  
sector del mismo, sie-  
*Cine Callao*.<sup>56</sup>

Con respecto a los c-  
ejemplo— recordemos c-  
bro informante de la C-  
—ley 11.741 de morato-  
“en forma expresa y a-  
causa *Porcelli*”<sup>58</sup> —en la-  
que la emergencia re-  
sobre consolidación po-  
la “perentoriedad”<sup>60</sup> d-  
*lege* de plazos fijos— l-  
como opuesta a sosieg-

**Clases de emerge-**  
descubrir que las eme-  
rentes; así, de la doct-  
de: a) emergencias pre-  
súbitas, inesperadas, i-  
Otra clasificación qu-  
ma es aquella que disti-  
y b) aquellas emergenc-

de índole económica, 2) de  
“JUAN DOMINGO PERÓN” se d-

<sup>55</sup> NEGRETTO, GABRIEL, *E*  
Aires, Ábaco, 1994, p. 23.

<sup>56</sup> CSJN, Fallos: 247: 11.

<sup>57</sup> CSJN, Fallos: 172: 24.

<sup>58</sup> CSJN, Fallos: 307: 2.

JUAN OCTAVIO GAUNA.

<sup>59</sup> CSJN, Fallos: 316: 79.

<sup>60</sup> CSJN, Fallos: 316: 79.

<sup>61</sup> CSJN, Fallos: 313: 15.

<sup>62</sup> CSJN, Fallos: 313: 15.

<sup>63</sup> GARCÍA BELSUNCE, HOR-

sión. Sus Proyecciones Act-

les de Buenos Aires, Segui-

<sup>64</sup> CSJN, Fallos, 238:76.

ter físico, o de índole econ-

ejercicio por el gobierno d-

respecto a los poderes conc-

deración a las circunstanc-

esencia de todo gobierno, o

sas, que requieren con frec-

erto y oportunidad –ade-  
te, podemos destacar que  
e decisión fue incorporada  
iladores, por medio de la  
lama a una reflexión más  
l marco de la renegociación  
: en esa renegociación, no  
ón de los entes regulado-  
is, voluntariamente o bajo  
ños; situación esta que fue  
leada para predeterminar

*visión del legislador:*

rol judicial de las medidas  
se efectúa el control judi-  
de una emergencia econó-  
son necesarias en forma  
caso de existir tal análisis  
mentación de la medida en  
y, además, b) ilustrará al  
concreto.

es y clases de emergencia  
n emergencia económica, y, a  
os y beneficios que puedan  
torno a los decretos 1570/  
siguiente se analizará la  
ial.

375/97, art. 17, incs. 23 y 29;  
17, inc. c); OCRABA, Decreto  
regulación Económica, Buenos

ición 20/2002. Las Normas de  
stación de Obras y Servicios  
Lexis Nexis Depalma, 2002,  
la falta de representación de  
secretarios ministeriales de las

rte Suprema, las situaciones  
emergencias pueden ser: b.1)

**Caracteres:** Las situaciones de emergencia –general– pueden ser caracteriza-  
das por afectar la supervivencia del Estado y la comunidad política en forma  
“imprevista,” conforme NEGRETTO.<sup>55</sup> También admite la doctrina y la jurisprudencia  
la existencia de emergencias que comprometen no ya al Estado todo sino a un  
sector del mismo, siendo posiblemente la más conocida la estudiada en el fallo  
*Cine Callao*.<sup>56</sup>

Con respecto a los caracteres que suelen rodear a dichas situaciones –a modo de  
ejemplo– recordemos que la Corte Suprema, en *Avico*,<sup>57</sup> invoca la opinión del miem-  
bro informante de la Comisión de Hacienda, quien había aludido a que la medida  
–ley 11.741 de moratoria hipotecaria– era reclamada con “urgencia” por el país,  
“en forma expresa y angustiada,” en el dictamen del Procurador General, en la  
causa *Porcelli*<sup>58</sup> –en la que se impugnaba el decreto del Plan Austral– se afirma  
que la emergencia requiere medida “urgentes,” en *Encarnación Fernández*<sup>59</sup> –  
sobre consolidación por ley 23.982– se señala que la situación económica evidenció  
la “perentoriedad”<sup>60</sup> de las medidas de gobierno; en *Peralta*<sup>61</sup> –sobre novación *ex*  
*lege* de plazos fijos– la Corte Suprema asoció la emergencia con la “urgencia,”  
como opuesta a sosiego y normalidad.<sup>62</sup>

**Clases de emergencia:** Empero, un detenido análisis puede conducirnos a  
descubrir que las emergencias pueden también presentarse bajo dos ropajes dife-  
rentes; así, de la doctrina iuspublicista surge, elípticamente, el reconocimiento  
de: a) emergencias preanunciadas, previsibles,<sup>63</sup> por un lado; y de b) emergencias  
súbitas, inesperadas, imprevisibles, por el otro.

Otra clasificación que se halla implícita en la jurisprudencia de la Corte Supre-  
ma es aquella que distingue: a) emergencias que requieren disposiciones urgentes  
y b) aquellas emergencias que no las requieren.<sup>64</sup>

de índole económica, 2) de carácter político o bien b.3) de carácter físico. En Fallos: 238: 76,  
“JUAN DOMINGO PERÓN” se da cuenta de la clasificación reseñada.

<sup>55</sup> NEGRETTO, GABRIEL, *El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional*, Buenos Aires, Abaco, 1994, p. 23.

<sup>56</sup> CSJN, Fallos: 247: 121.

<sup>57</sup> CSJN, Fallos: 172: 29, cons. 12.

<sup>58</sup> CSJN, Fallos: 307: 2061, sección VII, párr. 4° del dictamen del Procurador General Dr. JUAN OCTAVIO GAUNA.

<sup>59</sup> CSJN, Fallos: 316: 797.

<sup>60</sup> CSJN, Fallos: 316: 797, cons. 15.

<sup>61</sup> CSJN, Fallos: 313: 1513.

<sup>62</sup> CSJN, Fallos: 313: 1513, cons. 46.

<sup>63</sup> GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A., “Las Devaluaciones de 1981 frente a la Teoría de la Imprevisión. Sus Proyecciones Actuales”, en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año XXX, N° 23, ps. 367/388.

<sup>64</sup> CSJN, Fallos, 238:76: “La emergencia, que puede provenir de acontecimientos de carácter físico, o de índole económica, o de un suceso político, como es la revolución, no autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a veces diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia. Ello es de la esencia de todo gobierno, obligado constantemente a afrontar situaciones cambiantes y diversas, que requieren con frecuencia disposiciones urgentes y de distinta magnitud. A tal finali-

Ambas clasificaciones resultan útiles a los efectos de la información previa a la toma de decisión, en especial la relativa a los costos y beneficios involucrados, pues toman implícitamente en cuenta el tiempo con el que se cuenta previo a la toma de decisión.

A la luz de lo dicho, y de cara a la primera clasificación que reseñáramos, podría afirmarse que, para el Estado en tanto decisor, la emergencia que culminara con el dictado del decreto 1570/01 bien pudo haber sido prevista, o debió haberlo sido pues posee competencia para recolectar la información financiera pertinente; la prueba de ello sería el dictado del mencionado decreto, que, hipotéticamente originado en la información financiera develadora de la merma de los depósitos – recolectada por el regulador especializado en materia bancaria –, habría establecido restricciones en el modo de disponer de los depósitos bancarios. Tal característica de previsibilidad, en esta escena, destierra la nota de caso fortuito que podría endilgársele.

Empero, dicha medida puede ser calificada de imprevisible para los depositantes afectados, pues hacia diciembre del 2001 se hallaba todavía vigente la Ley de Convertibilidad 23.928 y la Ley de Intangibilidad de los Depósitos 25.466. Recordemos que esa emergencia es la que lleva, posteriormente, a la sanción de la ley 25.561 de emergencia económica y al dictado del decreto 214/02.

Corresponde inquirir ahora en la cuestión relativa a si los autores de las normas mencionadas precedentemente – dado el carácter previsible de la emergencia para el emisor de aquéllas, que desterraría *prima facie* su posible encuadre en las ya aludidas emergencias que requieren la adopción de medidas urgentes – efectuaron un análisis de costo-beneficio previo al dictado de las mismas tal que apuntaran a la obtención de un resultado eficiente, demostrando que estaban, en el marco de la certidumbre, adoptando decisiones en las que los costos a afrontar por los acreedores y deudores se justificaran ante los beneficios.

**Las normas:** La primera pregunta puede reformularse así: antes del dictado de los decretos 1570/01, 214/02 y antes de la sanción de la ley 25.561, ¿se efectuó un análisis de costo-beneficio? A fin de encarar esta cuestión, efectuemos un repaso de los considerandos de los dos primeros:

a) **El decreto 1570/01:** En sus considerandos se admite una situación previsible (“hasta que se completen las operaciones previstas en el Decreto N° 1387/01 con relación a la Deuda Pública, es previsible que continúe existiendo una marcada volatilidad en las cotizaciones de los valores públicos, afectando el nivel de las tasas de interés de la economía”); se describe una posibilidad (“mientras ello ocurre se puede generar inestabilidad en el nivel de los depósitos en el sistema financiero, que ponga en riesgo su intangibilidad, con el alcance que le fuera reconocida por la Ley N° 25.466”); se da cuenta de hechos (“ello ya se ha manifestado por la caída en el nivel total de los depósitos ocurrida desde el mes de febrero del corrien-

te año, que produjo la su-  
ciones en moneda nacion  
propia de estos casos”, “  
han sufrido subas adicio  
Ley de Convertibilidad N  
induce a las entidades fir  
mos y a solicitar la cancel  
funcionamiento de la ca  
recursos financieros oblig  
y actividades, disminuye  
negativamente el nivel c  
recaudación, de los que de  
nal y los Estados Provinc

Luego se declara cuál e  
“que la continuidad de e  
economía, dando las segu  
financieros, como sobre s  
un costo de oportunidad (c  
zar todo tipo de operacion  
superiores a pesos un mi  
25.345, modificada por la

Se especifica la alterna  
de los depósitos totales d  
económicamente convenie  
parte de sus titulares;” y s  
fin: “puede restringirse p  
mente ciertos retiros en e  
que de ningún modo afecta

Acto seguido se mencior  
tiva: “en la actualidad la  
mercados puedan valerse  
misma u otra entidad del s  
de su propiedad dentro del  
casos sujeto a la pertinente  
miendan para situaciones  
las que la Nación Argentin  
varios países;” y sus benefi  
cada por la Ley N° 25.413, l  
bancario, lo que contribuir  
caudación tributaria.”

tos de la información previa a la  
stos y beneficios involucrados,  
con el que se cuenta previo a la

lasificación que reseñáramos,  
sor, la emergencia que culminar  
er sido prevista, o debió haberlo  
ormación financiera pertinente;  
decreto, que, hipotéticamente  
de la merma de los depósitos -  
ria bancaria-, habría estableci-  
sitos bancarios. Tal caracterís-  
ota de caso fortuito que podría

mprevisible para los depositan-  
llaba todavía vigente la Ley de  
de los Depósitos 25.466. Recor-  
ormente, a la sanción de la ley  
ecreto 214/02.

iva a si los autores de las nor-  
ter previsible de la emergencia  
acie su posible encuadre en las  
de medidas urgentes- efectua-  
de las mismas tal que apunta-  
rando que estaban, en el mar-  
ue los costos a afrontar por los  
ficios.

mularse así: antes del dictado  
in de la ley 25.561, ¿se efectuó  
cuestión, efectuemos un repa-

admite una situación previsi-  
stas en el Decreto N° 1387/01  
ntinúe existiendo una marca-  
licos, afectando el nivel de las  
osibilidad ("mientras ello ocu-  
depósitos en el sistema finan-  
lance que le fuera reconocida  
o ya se ha manifestado por la  
el mes de febrero del corrien-

te año, que produjo la suba abrupta de las tasas de interés, tanto para las opera-  
ciones en moneda nacional como en moneda extranjera, debido a la incertidumbre  
propia de estos casos", "las operaciones a plazo realizadas en moneda nacional,  
han sufrido subas adicionales de intereses, pese a las seguridades que brinda la  
Ley de Convertibilidad N° 23.928"); se admite un grave riesgo ("esa inestabilidad  
induce a las entidades financieras a suspender el otorgamiento de nuevos préstam-  
os y a solicitar la cancelación de los ya acordados, poniendo en grave riesgo el  
funcionamiento de la cadena de pagos"); se da cuenta de otro hecho ("la falta de  
recursos financieros obliga por su parte a las empresas a contraer sus operaciones  
y actividades, disminuyendo el nivel de empleo") y sus consecuencias ("ello afecta  
negativamente el nivel de actividad económica, repercutiendo en los niveles de  
recaudación, de los que depende enteramente el funcionamiento del Estado Nacio-  
nal y los Estados Provinciales").

Luego se declara cuál es el resultado que se quiere evitar mediante la medida:  
"que la continuidad de esta situación afecte en mayor medida la marcha de la  
economía, dando las seguridades necesarias tanto respecto al valor de los activos  
financieros, como sobre su liquidez, conservación e intangibilidad," y se descarta  
un costo de oportunidad ("el dinero bancario se utiliza en la actualidad para reali-  
zar todo tipo de operaciones, siendo su uso obligatorio para todas las transacciones  
superiores a pesos un mil [\$ 1.000]) de conformidad al artículo 1° de la Ley N°  
25.345, modificada por la Ley N° 25.413").

Se especifica la alternativa que no se puede adoptar para evitar la disminución  
de los depósitos totales del sistema financiero: "no es jurídicamente posible ni  
económicamente conveniente afectar la intangibilidad de los activos bancarios por  
parte de sus titulares," y se especifica la alternativa que sí se puede adoptar a tal  
fin: "puede restringirse por un breve período su uso y goce, limitando exclusiva-  
mente ciertos retiros en efectivo y algunas transferencias de fondos al exterior,  
que de ningún modo afectan el funcionamiento de la economía."

Acto seguido se mencionan los medios que permiten la adopción de esa alterna-  
tiva: "en la actualidad la tecnología provee los medios necesarios para que los  
mercados puedan valerse perfectamente de transferencias entre cuentas de la  
misma u otra entidad del sistema, permitiendo a sus titulares la total disposición  
de su propiedad dentro del país o para realizar operaciones con el exterior, en estos  
casos sujeto a la pertinente autorización de la autoridad monetaria, tal como reco-  
miendan para situaciones como la presente las organizaciones internacionales de  
las que la Nación Argentina es parte, y lo hacen, incluso en situaciones normales,  
varios países," y sus beneficios: "conforme al espíritu de la Ley N° 25.345, modifi-  
cada por la Ley N° 25.413, la medida impulsará una mayor utilización del dinero  
bancario, lo que contribuirá significativamente a recuperar el volumen de la re-  
caudación tributaria."

Se declara cuál es el riesgo que se elimina: "que se produzca una crisis financiera sistémica que pueda perjudicar a los ahorristas, protegidos inequívocamente por la Ley N° 25.466, y a la economía nacional toda."

Como vemos, en los considerandos del mencionado decreto no se efectúa explícitamente un análisis que evalúe los costos y beneficios de la medida. En términos generales, sólo se considera la alternativa que se quiere evitar, esto es, el costo de oportunidad de la medida. Y el beneficio específicamente enunciado es la recuperación del volumen de la recaudación tributaria derivada de la mayor utilización del dinero bancario.

**b) Ley 25.561:** En el debate parlamentario que precedió la sanción de la ley 25.561 no se percibe un análisis C/B explícito, salvo algunas consideraciones puntuales sobre costos.<sup>65</sup> Así, por ejemplo,<sup>66</sup> en el debate en la Cámara de Diputados se aludió a asignación de costos,<sup>67</sup> se señaló sobre quiénes recaía el beneficio de la pesificación,<sup>68</sup> se consideró la distribución de costos,<sup>69</sup> se aludió a las opciones

que responden los poderes implícitos acordados al Congreso por el art. 67, inc. 28, de la Constitución Nacional."

<sup>65</sup> La información surge de material taquigráfico facilitado por el Dr. RICARDO ROVNER, que la autora agradece.

<sup>66</sup> 47ª Reunión - 2ª Sesión Ordinaria de Prórroga (especial), del 5 y 6 de enero de 2002, bajo la Presidencia de los señores diputados EDUARDO OSCAR CAAMAÑO, ORALDO NORVEL BRITOS y FORTUNATO RAFAEL CAMBARERI, Secretarios: don EDUARDO DANIEL ROLLANO, doctor CARLOS GUIDO FREYTES y don JORGE ARMANDO OCAMPOS, Prosecretarios: doctor JUAN ESTRADA e INGENIERO EDUARDO SANTÍN.

<sup>67</sup> Diputado MATZKIN: "Una vez que tengamos el paraguas de la emergencia económica, que demos la posibilidad de fijar un nuevo tipo de cambio y una nueva relación monetaria, que dejemos muy poco de la convertibilidad, procuraremos ver cómo resolver algunas cuestiones. Es muy amplio el abanico y muy escasas las posibilidades de algunas relaciones. Esa es la inteligencia que quisiéramos tener más que nadie, porque va a recaer en nosotros la responsabilidad de asignar costos. Esto tiene precios. Queremos ver cómo podemos hacer para resolver la ecuación a fin de que esos costos sean pagados en forma equitativa, entendiéndolo por tal que dichos costos sean pagados primero por los que tienen mayor capacidad y finalmente por los que tienen menos, porque la solución no alcanzará para todos (...) Estamos diciendo que el costo que significará atender a estos sectores se compensaría con el producido por otro sector de la sociedad, la renta petrolera, que viene como consecuencia de lo que eventualmente podría ser el hecho del príncipe, la nueva relación".

<sup>68</sup> Diputado MOREAU: "Entonces, más allá de la corruptela y de las ganancias extraordinarias del sistema financiero cuyas utilidades seguramente ya no están en el país el problema consiste en ver cómo hacemos frente a esa realidad sin comprometer a una de las partes, que son los depositantes, haciéndoles pagar el beneficio de la pesificación en beneficio de los deudores".

<sup>69</sup> Diputado JOBE: "No es justo que quien ha comprado una casa, ha reformado la que tenía para vivir mejor o ha invertido en su empresa, hoy deba pagar los costos de la actual situación. Esos costos debe pagarlos el sector financiero, porque se llevó mucha plata; entonces, como los socios deben ser tales tanto en las ganancias como en las pérdidas, ese sector deberá aportar lo que corresponda para ayudar al trabajador y al pequeño y mediano industrial argentinos". Diputada OCAÑA: "No se dice nada sobre el patrimonio de los bancos, que no tienen necesidad de afrontar con él la devolución de los fondos". Diputada CASTRO: "¿Cómo se hace esto nos lo preguntamos todos los diputados como también quienes están escuchando, que ojalá lo hagan con más atención que la que prestan muchos legisladores en este recinto para que el costo de la salida de la paridad no lo paguen los que menos tienen? ¿Cómo se hace para que el costo de la salida de la convertibilidad no lo paguen los que tienen ingresos fijos, como los jubilados y los asalariados?"

disponibles, que se recobre y de incertidumbre sobre la distribución de punto.<sup>74</sup>

**b) El decreto 214/01** fácticos: "la gravedad de la acelerada fuga de depósitos del "Decreto N° 157

<sup>70</sup> Diputado ALESSANDRO MOS, para ver con toda honestidad punto de vista, y creo que la convertibilidad ya no era también se comentaba en dónde se hacen las inversiones, más antes que tarde. Entonces, para no engañarnos. Una era la que algunos pro la combatimos y la combatimos los eterniza, y tampoco r compromisos. Además, nos Central, y ata para siempre Federal de los Estados Unidos salida era la que se intentan deficiencias. Me refiero a la que implicaba menos situaciones semana pasada, todos con fracasó. Entonces, la verdad estamos intentando del resto opciones, y ésta es la que las actuales pero sin callar

<sup>71</sup> Diputada CARRIÓ: "Mucho su futuro. A esto le estamos menos un veinte o un treinta incerteza mayor al decir que fijo, que regulará todo el costo

<sup>72</sup> Versión taquigráfica presentada del Honorable Senado de la Nación Provisional del H. Senado del Honorable Senado, doctor MARCELO EDUARDO JUAN RAMÓN LANGTON; Prosecretario A. LUQUES.

<sup>73</sup> Senador GÓMEZ DIEZ: "De esta naturaleza, hay ganancia, ganan aquellos que tienen un posicionamiento no fijo; es decir que pierden los dólares se establece el prior las entidades financieras al deudor".

<sup>74</sup> Senador YOMA: "Seguiremos eligiendo quiénes pagarán

duzca una crisis financiera-  
tegidos inequívocamente

creto no se efectúa explícita-  
le la medida. En términos  
evitar, esto es, el costo de  
te enunciado es la recupera-  
da de la mayor utilización

cedió la sanción de la ley  
mas consideraciones pun-  
a Cámara de Diputados se  
s recaía el beneficio de la  
se aludió a las opciones

el art. 67, inc. 28, de la Cons-  
el Dr. RICARDO ROVNER, que la

el 5 y 6 de enero de 2002, bajo  
ALDO NORVEL BRITOS y FORTUNATO  
or CARLOS GUIDO FREYTES y don  
ENIERO EDUARDO SANTÍN.

la emergencia económica, que  
veva relación monetaria, que  
o resolver algunas cuestiones.  
algunas relaciones. Esa es la  
recaer en nosotros la respon-  
mo podemos hacer para resol-  
quitativa, entendiendo por tal  
or capacidad y finalmente por  
s (...) Estamos diciendo que el  
n el producido por otro sector  
cia de lo que eventualmente

las ganancias extraordinarias  
en el país el problema consis-  
una de las partes, que son los  
n beneficio de los deudores".  
isa, ha reformado la que tenía  
s costos de la actual situación.  
ucha plata; entonces, como los  
das, ese sector deberá aportar  
ediano industrial argentinos".  
os, que no tienen necesidad de  
: "¿Cómo se hace esto nos lo  
scuchando, que ojalá lo hagan  
de recinto para que el costo de  
o se hace para que el costo de  
s fijos, como los jubilados y los

disponibles, que se reducían a una sola;<sup>70</sup> se consideró la existencia de certidum-  
bre y de incertidumbres.<sup>71</sup> Asimismo, durante el debate en el Senado<sup>72</sup> se inquirió  
sobre la distribución de costos,<sup>73</sup> y sobre las opciones disponibles con relación a tal  
punto.<sup>74</sup>

**b) El decreto 214/02:** Por otro lado, en el decreto 214/02 se invocan extremos  
fácticos: "la gravedad de la situación económica que atraviesa nuestro País," "una  
acelerada fuga de depósitos y pérdida de reservas del sistema financiero," el dicta-  
do del "Decreto N° 1570/01 procurando evitar el colapso de dicho sistema, sin que

<sup>70</sup> Diputado ALESSANDRO: "Por último, quiero referirme a cuáles eran las opciones que tenía-  
mos, para ver con toda honestidad y crudeza qué es lo que podíamos hacer en el país. Desde mi  
punto de vista, y creo que desde el de la mayoría, no cabe duda de que el régimen de  
convertibilidad ya no era sustentable. Esto no lo decíamos únicamente en el país sino que  
también se comentaba en el exterior, en los círculos académicos y en aquellos que deciden  
dónde se hacen las inversiones. En el exterior consideraban que la Argentina en algún  
momento, más antes que tarde, iba a tener que salir de la convertibilidad, y el momento llegó.  
Entonces, para no engañarnos, debemos reconocer que las alternativas no eran múltiples.  
Una era la que algunos proponen, la dolarización. No estamos en absoluto de acuerdo con ella,  
la combatimos y la combatiremos, porque lejos de solucionar los problemas de competitividad,  
los eterniza, y tampoco resuelve los problemas que tiene la Argentina para afrontar sus  
compromisos. Además, nos saca el prestamista de última instancia, que vuelve a ser el Banco  
Central, y ata para siempre las decisiones de política cambiaria y monetaria a la Reserva  
Federal de los Estados Unidos, situación que nosotros no estamos dispuestos a tolerar. Otra  
salida era la que se intentó. Duró muy poco, porque fue mal implementada o porque tenía  
deficiencias. Me refiero a la alternativa de la tercera moneda, que quizás podía parecer como  
la que implicaba menos situaciones comprometidas y difíciles; pero tras la aventura vivida la  
semana pasada, todos coincidimos en que esa salida es irrepetible; ese camino se transitó y  
fracasó. Entonces, la verdad es que hay una sola salida posible: la salida ordenada que es lo que  
estamos intentando del régimen de convertibilidad de la República Argentina. Esas eran las  
opciones, y ésta es la que nuestra bancada, con la modestia que debe tener en las circunstan-  
cias actuales pero sin callar lo que opina, propone para alcanzar este marco de soluciones".

<sup>71</sup> Diputada CARRIÓ: "Muchas incertezas tienen los argentinos: su trabajo, su casa, su empleo,  
su futuro. A esto le estamos agregando ahora una certeza: el próximo lunes van a estar al  
menos un veinte o un treinta por ciento más empobrecidos. Pero además se agrega una  
incerteza mayor al decir que la economía estará dirigida por un dólar libre, no por el del cambio  
fijo, que regulará todo el comportamiento económico".

<sup>72</sup> Versión taquigráfica provisional de la 80ª Reunión - 28ª Sesión Ordinaria (Continuación)  
del Honorable Senado de la Nación, 6 de enero de 2002, Presidencia del señor presidente  
Provisional del H. Senado, doctor JUAN CARLOS MAQUEDA, y del señor vicepresidente del H.  
Senado, doctor MARCELO EDUARDO LÓPEZ ARIAS; Secretarios: señor JUAN CARLOS OYARZÚN y señor  
JUAN RAMÓN LANGTON; Prosecretarios: señor JUAN J. CANALS, señor JOSÉ D. CANATA y señor ALFREDO  
A. LUQUES.

<sup>73</sup> Senador GÓMEZ DIEZ: "¿Quiénes ganan y quiénes pierden? Siempre, en cualquier medida  
de esta naturaleza, hay ganadores y perdedores. Ganan los sectores vinculados con la expor-  
tación, ganan aquellos que tienen que competir con los productos importados y que hoy van a  
tener un posicionamiento mucho mejor. Y pierden aquellas personas que viven de un ingreso  
fijo; es decir que pierden los asalariados (...) En el caso de las relaciones entre particulares en  
dólares se establece el principio del esfuerzo compartido, pero cuando las relaciones son con  
las entidades financieras allí desaparece el esfuerzo compartido y todo el costo debe pagarlo el  
deudor".

<sup>74</sup> Senador YOMA: "Seguramente, señor presidente, vamos a tener problemas. Pero debí-  
amos elegir quiénes pagaban los costos del derrumbe del sistema cambiario. O lo pagaban los

tal medida fuese acompañada por otras decisiones de Estado Nacional orientadas a revertir la crisis económica y social existente;" "la gravedad y magnitud de la crisis institucional planteada," "la renuncia del Presidente de la Nación que se hallaba en ejercicio en dicho momento, lo cual profundizó aún más las agudas dificultades existentes en toda la economía de la Nación, afectando sensiblemente al ya resentido desenvolvimiento del sistema financiero;" "la elección de un nuevo Presidente de la Nación con mandato hasta diciembre de 2003;" "una profunda interferencia en las relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, al haberse producido —entre otras perturbaciones— la virtual ruptura de las cadenas de pagos, situación que derivó en la práctica interrupción del funcionamiento de la economía."

Luego se da cuenta de otro trascendente extremo fáctico: la urgencia. Así, se considera que "las antedichas circunstancias, tornaron imperativo para el Gobierno Nacional la adopción de urgentes medidas tendientes a restablecer la paz social, como así también para recrear las condiciones mínimas para el desarrollo de las actividades productivas y económicas;" que lleva a la remisión del proyecto y sanción de la ley de emergencia 25.561, que abarca la "materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria."

Se admite que el tema es prioritario, y que los afectados merecen una cuota de certidumbre: "el Gobierno Nacional otorga al reordenamiento financiero máxima prioridad, principalmente para facilitar la paulatina normalización de las actividades económicas pero, también, para restituir a los ahorristas y deudores las mayores condiciones de libertad y certidumbre, preservando sus derechos de propiedad."

De allí en más, se justifica la medida, limitativa pero transitoria pues hay que "restablecer el orden público económico aún cuando ello, en forma parcial y transitoria, limite el derecho de los particulares a disponer, libremente, de la totalidad de sus propios recursos;" y se especifica el fin último: "que se reestablezca el funcionamiento de las actividades productivas, económicas y financieras," pero al mismo tiempo se admite la imposibilidad del Estado para hacer frente a la situación: "en las actuales circunstancias, no resulta posible satisfacer, de modo inmediato y en el cortísimo plazo, dichos objetivos."

También se consideran los riesgos involucrados: "una excesiva aceleración en la liberación de los depósitos existentes en el sistema financiero, podría conducir a riesgos cambiarios como de hiperinflación," "el mantenimiento de restricciones extremas condicionarían la reactivación y el desenvolvimiento de la economía."

ahorristas, las pymes, los deudores prendarios, aquellos que adquirieron o que construyeron su vivienda familiar, o quienes obtuvieron legítimamente los mayores márgenes de rentabilidad —quizá— porque así eran las reglas del juego. Y hoy el Congreso argentino está diciendo con estricta justicia que quienes van a pagar en esta oportunidad, porque les toca hacerlo, son las empresas petroleras, las concesionarias de servicios públicos privatizados, el sistema finan-

Luego se toman en usuarios: "Que resulta i nes involucradas en la ción equilibrada que co reactivación de la econ

Finalmente, se efect *lla en juego la necesida irrazonablemente los a más breve posible— a los menores costos y pe*

Luego se insiste en q "en el presente decreto deudores y a los acreedo del sistema financiero, de la Nación."

Más adelante se just sustitución de sus dep "los ahorristas podrán estadounidenses conve dólares estadounidense

También se detallan a "la masiva concurren sus pretensiones, cuan parable a la economía y sus propios derechos de ciero," situación que lle los procesos judiciales y accione en razón de los c financieras que pudier dictadas en el marco de

Finalmente, se toma del Banco Central de la oportuna intervención ras en el marco del Artí la capacidad de asistenc tades, ampliando así la soluciones más acordes

ciero. Y esta es una opción dólares de los ahorristas y, no puede pagar los costos costos sociales. Es por eso ley."

de Estado Nacional orientadas a la gravedad y magnitud de la crisis residente de la Nación que se profundizó aún más las agudas necesidades, afectando sensiblemente el comercio; "la elección de un nuevo presidente de 2003;" "una profunda crisis de derecho público como de derecho privado— la virtual ruptura y práctica interrupción del fun-

cionamiento fáctico: la urgencia. Así, se planteó un imperativo para el Gobierno tendientes a restablecer la paz social en las mínimas para el desarrollo de la economía y la remisión del proyecto y la "materia social, económica,

que los afectados merecen una cuota de participación en el ordenamiento financiero máxima para la normalización de las actividades de los ahorristas y deudores las cuales preservando sus derechos de pro-

pero transitoria pues hay que reconocerlo, en forma parcial y transitoria, libremente, de la totalidad de los recursos: "que se reestablezca el funcionamiento de las actividades económicas y financieras," pero al mismo tiempo para hacer frente a la situación inevitable de satisfacer, de modo inme-

diata "una excesiva aceleración en el funcionamiento del sistema financiero, podría conducir a un deterioro y mantenimiento de restricciones de funcionamiento de la economía."

que se adquirieron o que construyeron los mayores márgenes de rentabilidad. El Congreso argentino está diciendo que no, porque les toca hacerlo, son los recursos privatizados, el sistema finan-

Luego se toman en cuenta los intereses en juego, de entidades bancarias y usuarios: "Que resulta imprescindible un abordaje progresivo de todas las cuestiones involucradas en la presente situación de emergencia, preservando una posición equilibrada que contemple las necesidades de reordenamiento financiero, de reactivación de la economía y de respeto a los derechos individuales."

Finalmente, se efectúa una breve consideración de costo-beneficio: "*Que se halla en juego la necesidad de preservar el orden público económico, sin restringir irrazonablemente los derechos de las personas, a fin de conducir —en el tiempo más breve posible— a la compatibilización de todos los intereses en juego, con los menores costos y perjuicios para cada uno de ellos.*"

Luego se insiste en que se trata de lograr certeza en los deudores y acreedores: "en el presente decreto se adoptan recaudos tendientes a dotar de certeza a los deudores y a los acreedores cuyas obligaciones se hubiesen pactado dentro o fuera del sistema financiero, recuperando en la mayor plenitud la soberanía monetaria de la Nación."

Más adelante se justifica la opción de un bono "en dólares estadounidenses, en sustitución de sus depósitos que han sido reprogramados;" en tales condiciones "los ahorristas podrán disponer en plazos más breves, de sus ahorros en dólares estadounidenses convertidos a pesos, o bien optar por recibir bonos nominados en dólares estadounidenses."

También se detallan los hechos relativos a los amparos del corralito, aludiéndose a "la masiva concurrencia a los tribunales de quienes procuran la resolución de sus pretensiones, cuando ellas son de imposible satisfacción, sin causar daño irreparable a la economía y al derecho de todos aquellos que no podrían ver satisfechos sus propios derechos de propiedad, de producirse el colapso final del sistema financiero," situación que lleva a la "suspensión temporaria de la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las normas y disposiciones dictadas en el marco de la crisis y la emergencia."

Finalmente, se toma en consideración "reforzar las facultades y atribuciones del Banco Central de la República Argentina, de forma tal de permitir su eficaz y oportuna intervención en los procesos de reestructuración de entidades financieras en el marco del Artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras" y "ampliar la capacidad de asistencia del Banco Central a las entidades financieras en dificultades, ampliando así las alternativas posteriores tendientes a la concreción de las soluciones más acordes con la preservación del interés general."

ciencia. Y esta es una opción del legislador. Por eso, por una parte, garantizamos los depósitos en dólares de los ahorristas y, por la otra, pesificamos las deudas. Nosotros creemos que el pueblo no puede pagar los costos del derrumbe del sistema y, por eso, hoy estamos equilibrando los costos sociales. Es por eso que estoy convencido de votar afirmativamente este proyecto de ley."

Como se ve, salvo la breve alusión a la "compatibilización de todos los intereses en juego, con los menores costos y perjuicios para cada uno de ellos" (usuarios y entidades financieras), tampoco se efectúa en este decreto un análisis que evalúe los costos y beneficios de la medida.

#### VII. *La decisión en sede judicial:*

Una aproximación al tema de la aplicación del análisis de costos y beneficios en sede judicial, cuando se revisan judicialmente las medidas de emergencia económica, lleva a distinguir, en primer lugar, por un lado:

a) la oportunidad en que el intérprete judicial se ilustra sobre las razones que llevaron al dictado de la medida, a la luz del requisito de motivación o del deber de brindar las razones de la decisión administrativa o bien apelando a inquirir en cuáles fueron los fines tenidos en mira por el legislador, que trasunta primordialmente del debate parlamentario; y, por el otro, dos cuestiones medulares: b) si los jueces efectúan un análisis de costos y beneficios al resolver el caso en concreto, lo cual conduce al interrogante de si c) es procedente que efectúen tal clase de análisis.

**a) La confrontación de las razones de la medida:** La primera distinción —la relativa a la oportunidad en que el intérprete judicial se enfrenta con las razones de la medida o los fines tenidos en cuenta por el legislador, de insoslayable presencia por razones de grado de legitimidad democrática cuando la decisión es adoptada por la Administración<sup>75</sup> y tendrá amplios efectos<sup>76</sup>— puede conducir, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, por una senda que se torna, en algunos casos, escabrosa.

En efecto, al analizarse la motivación<sup>77</sup> o razones —del acto de alcance general de que se trate— contenidos en los considerandos respectivos, o al analizarse el debate parlamentario de la ley que deba ser aplicada, el intérprete judicial bien puede sopesar la expresión de las cuestiones de hecho y derecho que llevan al dictado de la medida, su conveniencia o inconveniencia. Pero la verificación de la existencia de un detalle de esos extremos fácticos y jurídicos no conlleva, por sí, que ellos incluyan una enumeración o descripción de los costos y beneficios ínsitos en la decisión.<sup>78</sup> Ello, por cierto, no facilita la interpretación judicial. A ello debe

<sup>75</sup> Señala KRENT, HAROLD, "Turning Congress into an Agency: The Propriety of Requiring Legislative Findings", en *Case Western Law Review*, Spring 1996, p. 731 y ss., esp. p. 747: "Muchos comentaristas creen que nuestro sistema es profundamente antidemocrático porque muchas reglamentaciones (*policy*) críticas son dictadas por burócratas no votados (*unelected*)".

<sup>76</sup> Véase nuestro "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AAVV, *Acto Administrativo y Reglamento - Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002, pp. 65/92, esp. p. 88.

<sup>77</sup> Art. 7º, inc. e), DLPA.

<sup>78</sup> Téngase presente lo ya dicho sobre la modificación del art. 104 del RPA, sección V de este trabajo.

sumarse la jurisprudencia la inconsecuencia o f las normas un alcance c cual emanan.<sup>80</sup>

Además, aún cuando las razones del reglamer la medida —un análisis todas maneras, que el n esas razones sino en su p irrevisibilidad judicial de y a la doctrina de la irrev

Bástenos por ahora s impugnaba la constituci por encima del cupo pref facultades de que está in la faz económica, para c favorecido ó no, la gran y sociales que se dicen af Provincia, pues esta es c la Provincia." Asimismo, que "al poder judicial ne las leyes bajo su concept pueden ser benéficas o pe esta cuestión en el acápit

De tal suerte, y a mod tión propuesta, podría afi el debate parlamentario, ínsitos en la decisión, cuy aún cuando el intérprete análisis de costos y benefi da— juzgarlos pues le ved: cial de la oportunidad o c la irrevisibilidad de las cu

Veamos ahora, más det bilidad, cuestión que puec

<sup>79</sup> CSJN, Fallos: 310: 195;

<sup>80</sup> CSJN, Fallos: 310: 1689

<sup>81</sup> En este sentido, BIANCHI, nos Aires, 2002, t. II, p. 149 y

<sup>82</sup> CSJN, *Hileret*, 1903, Fal

<sup>83</sup> CSJN, *Guardian Assura*.

ización de todos los intereses  
"cada uno de ellos" (usuarios y  
"concreto un análisis que evalúe

cial:

análisis de costos y beneficios en  
medidas de emergencia econó-  
mico:

Ilustra sobre las razones que  
de motivación o del deber de  
bien apelando a inquirir en  
"concreto, que trasunta primordial-  
cuestiones medulares: b) si los  
"resolver el caso en concreto, lo  
"efectúen tal clase de análi-

**Nota:** La primera distinción  
judicial se enfrenta con las  
del legislador, de insoslayable  
crítica cuando la decisión es  
"efectos"<sup>76</sup>— puede conducir, a la  
una senda que se torna, en

—del acto de alcance general  
"respectivos, o al analizarse el  
"a, el intérprete judicial bien  
"cho y derecho que llevan al  
"cia. Pero la verificación de la  
"jurídicos no conlleva, por sí,  
"los costos y beneficios ínsitos  
"retación judicial. A ello debe

ency: The Propriety of Requiring  
; 1996, p. 731 y ss., esp. p. 747:  
"damente antidemocrático porque  
"cratas no votados (*unelected*)".  
"el acto administrativo", en AAVV,  
"as por la Universidad Austral,

rt. 104 del RPA, sección V de este

sumarse la jurisprudencia de la Corte Suprema conforme la cual jamás se presu-  
me la inconsecuencia o falta de previsión del legislador,<sup>79</sup> sin que quepa atribuir a  
las normas un alcance que implique la tacha de inconsecuencia en el órgano del  
cual emanan.<sup>80</sup>

Además, aún cuando la explicitación de los fines del legislador o la expresión de  
las razones del reglamento incluyera un prolijo detalle de los costos y beneficios de  
la medida —un análisis de su eficiencia— dos importantes frenos impedirían, de  
todas maneras, que el magistrado se adentrara no ya en tomar conocimiento de  
esas razones sino en su ponderación o escrutinio: nos referimos a la doctrina de la  
irrevisibilidad judicial de la oportunidad o conveniencia del criterio del legislador,  
y a la doctrina de la irrevisibilidad de las cuestiones de índole económica.<sup>81</sup>

Bástenos por ahora señalar que ya en el famoso fallo *Hileret*,<sup>82</sup> en el que se  
impugnaba la constitucionalidad de un impuesto a la sobreproducción azucarera  
por encima del cupo prefijado, la Corte Suprema señaló que "*no corresponde a las  
facultades de que está investido este Tribunal, apreciar la ley de que se trata bajo  
la faz económica, para declarar si debe ó no, subsistir por haber consultado y  
favorecido ó no, la gran masa de intereses industriales, comerciales, financieros  
y sociales que se dicen afectados por la industria azucarera, dentro y fuera de la  
Provincia, pues esta es cuestión del resorte exclusivo de los Poderes Públicos de  
la Provincia.*" Asimismo, en el fallo *Guardian Assurance*<sup>83</sup> afirmó el Alto Tribunal  
que "*al poder judicial no compete pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de  
las leyes bajo su concepto puramente económico o financiero apreciando si éstas  
pueden ser benéficas o perjudiciales para el país.*" Sin embargo, volveremos sobre  
esta cuestión en el acápite siguiente.

De tal suerte, y a modo de conclusión provisional en punto a la primera cues-  
tión propuesta, podría afirmarse que la suficiente fundamentación de la medida, o  
el debate parlamentario, no conllevan la explicitación de los costos y beneficios  
ínsitos en la decisión, cuyo autor se presume consecuente y previsor. Asimismo,  
aún cuando el intérprete judicial podría contar efectivamente con un detallado  
análisis de costos y beneficios, no podría —de acuerdo con la jurisprudencia reseña-  
da— juzgarlos pues le vedaría tal posibilidad la doctrina de la irrevisibilidad judi-  
cial de la oportunidad o conveniencia del criterio del legislador, y a la doctrina de  
la irrevisibilidad de las cuestiones de índole económica.

Veamos ahora, más detalladamente, qué alcances tendría esa aparente imposi-  
bilidad, cuestión que puede insertarse en la segunda cuestión planteada.

<sup>79</sup> CSJN, *Fallos*: 310: 195; 312: 1614, entre otros.

<sup>80</sup> CSJN, *Fallos*: 310: 1689, entre otros.

<sup>81</sup> En este sentido, BIANCHI, ALBERTO B., *Control de Constitucionalidad*, 2a ed., Ábaco, Bue-  
nos Aires, 2002, t. II, p. 149 y ss. y p. 287 y ss.

<sup>82</sup> CSJN, *Hileret*, 1903, *Fallos*, 98:20.

<sup>83</sup> CSJN, *Guardian Assurance Co. Ltd.*, 1927, *Fallos*, 150:89.

**b) Utilización efectiva del análisis costo-beneficio:** La segunda pregunta es si utilizan los magistrados, en sus decisorios, efectivamente, el análisis de costo-beneficio.

Salvo algún precedente aislado que podría indicar que se efectuó alguna clase de análisis C/B en sede judicial en forma elíptica a juzgar por el resultado al que se arriba,<sup>84</sup> la respuesta a aquella pregunta puede hallarse mediante ilustraciones jurisprudenciales, del campo del control de razonabilidad, de antigua data en la historia de precedentes de la Corte Suprema cuando del control de medidas de emergencia se trata, en especial, los actos o reglamentos dictados durante: (i) emergencias políticas; (ii) emergencias económicas.

Seleccionaremos algunos de esos precedentes pues dicho control de razonabilidad conlleva comparar medios y fines, y esa comparación podría —entendemos— efectuarse teniendo en cuenta la eficacia de esos medios —esto es, si son útiles a los fines en mira—, u observando también su eficiencia —esto es, si además de servir al fin para el cual fueron concebidos, resultan deparar el mayor beneficio al menor costo—.

**(i) Casos de emergencia política:** En el supuesto del estado de sitio, el citado control puede ejemplificarse con el precedente *Sofía*,<sup>85</sup> de 1959, sobre limitación, por medio de decisiones del Poder Ejecutivo, de derechos durante el estado de sitio, en el caso, el derecho de reunión. En dicho fallo, la Corte dejó sentado que era posible el control judicial de la razonabilidad de las medidas del caso "cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del artículo 23." Ahora, comparar medios y fines de las medidas, ¿equivale a control de eficiencia o a ponderación de costos y beneficios involucrados, o equivale a un mero control de la eficacia o éxito de la medida y proporcionalidad en el caso? Para evaluar costos y beneficios es necesario poseer información, relativa a las alternativas (declarar o no el estado de sitio, en un determinado lugar) y sus resultados (mantenimiento del contexto de libertad o restricción de derechos), utilidades positivas (mayor seguridad dada la restricción al derecho de reunión) y negativas (menor libertad debido a la restricción) resultantes, a fin de efectuar un balance de cara al caso, y decidir. Empero, el análisis efectuado en *Sofía* parece ponderar solamente la eficacia de la medida, y su proporcionalidad: la medida será razonable si los medios (restricción al derecho de reunión) por los que se la implementa se hallan enderezados a alcanzar los fines del art. 23 (sofocar la conmoción interior); en otras palabras, la medi-

<sup>84</sup> Pueden verse, en este sentido, CSJN, *Fallos*, 142:238; 152:111, "la instalación de barreras en los lugares apartados y de escaso tráfico, no tendrá otro resultado que encarecer la explotación ferroviaria en perjuicio directo del público". La conclusión judicial, de que se encarecería la explotación, importaría, bajo esta perspectiva, haber tenido en cuenta los beneficios (seguridad) y costos (a reflejar en la tarifa) de cara al público usuario y los beneficios (prevención de siniestros) y costos (de construcción y operación de las barreras) frente a la firma prestadora.

<sup>85</sup> CSJN, *Fallos*, 243:504.

da será razonable si explicado por la Corte *del estado de sitio actividad estatal, pa, ca, sin que ello exclu, que la modalidad de e*

De cara a la cuesti decisión judicial, la re el mismo Alto Tribun más allá del control de la medida de cara a lc *Sindicato Argentino c* lidad de control de raz extralimitarían si eje circunstancias y moti das en virtud del estat trados decidieran, an estado de sitio requie trascendente aun, ac *Poder Judicial, despr mediato con la realia por hipótesis legal- no ño, por lo demás, imp, blecido por la Ley Fur*

También en punto decidir, vale la pena d *Granada*,<sup>86</sup> que "comu conocimiento cabal de muy indirecta, que el terminan la medida g necesitaba probar la r se convalidó tal acto.

**(ii) Casos de eme** gencia económica, en l

<sup>86</sup> Cons. 9°.

<sup>87</sup> Cons. 11.

<sup>88</sup> Entre otros, CSJN, *Fc* 256: 359.

<sup>89</sup> CJSN, *Sindicato Arg*

<sup>90</sup> CSJN, *Fallos*, 248:80

<sup>91</sup> CSJN, *Fallos*, 307:22

<sup>92</sup> CSJN, *Fallos*, 307:22

<sup>93</sup> CSJN, *Fallos*, 307:22

io: La segunda pregunta  
ivamente, el análisis de

ie se efectuó alguna clase  
ar por el resultado al que  
se mediante ilustraciones  
ad, de antigua data en la  
del control de medidas de  
tos dictados durante: (i)

o control de razonabilidad  
dría —entendemos— efec-  
esto es, si son útiles a los  
to es, si además de servir  
mayor beneficio al menor

del estado de sitio, el cita-  
1,<sup>85</sup> de 1959, sobre limita-  
echos durante el estado de  
la Corte dejó sentado que  
medidas del caso "cuando  
ir cuando impliquen me-  
título 23." Ahora, compa-  
eficiencia o a ponderación  
ero control de la eficacia o  
evaluar costos y beneficios  
ivas (declarar o no el esta-  
nantenimiento del contex-  
sitivas (mayor seguridad  
menor libertad debido a la  
de cara al caso, y decidir.  
solamente la eficacia de la  
e si los medios (restricción  
allan enderazados a alcan-  
en otras palabras, la medi-

111, "la instalación de barreras  
ultado que encarecer la explo-  
judicial, de que se encarecería  
en cuenta los beneficios (segu-  
y los beneficios (prevención de  
) frente a la firma prestadora.

da será razonable si es eficaz y proporcional de cara a dicho artículo. Ello es explicado por la Corte Suprema en estos fatales términos: "las medidas realizadas del estado de sitio (...) requieren una rápida ejecución para su eficacia,"<sup>86</sup> "la actividad estatal, para resultar eficazmente preservadora, debe ser ágil y drástica, sin que ello excluya la intervención de los jueces."<sup>87</sup> Recordemos, asimismo, que la modalidad de análisis de *Sofía* se reiteró en numerosos fallos posteriores.<sup>88</sup>

De cara a la cuestión de con cuánta información se cuenta previo a la toma de decisión judicial, la restringida interpretación que citamos queda corroborada por el mismo Alto Tribunal al admitir que no posee la información suficiente para ir más allá del control de razonabilidad —esto es, más allá del control de la eficacia de la medida de cara a los fines perseguidos y su proporcionalidad— en el precedente *Sindicato Argentino de Músicos*.<sup>89</sup> En este fallo, además de reafirmarse la posibilidad de control de razonabilidad, se lo precisó, dejándose en claro que los jueces se extralimitarían si ejercieran la potestad —que les está vedada— de apreciar las circunstancias y motivos concretos que fundan cada una de las medidas adoptadas en virtud del estado de sitio; tal extensión de atribuciones haría que los magistrados decidieran, ante cada caso, la pertinencia de los actos de ejecución que el estado de sitio requiere, sustrayéndola a los órganos políticos del Estado. Y más trascendente aun, admitió el Tribunal que "va de suyo que los miembros del Poder Judicial, desprovistos de información suficiente e incluso de contacto inmediato con la realidad concreta del país —de un país en estado de conmoción, por hipótesis legal— no están capacitados para ejercer esa función, cuyo desempeño, por lo demás, implicaría desconocimiento del deslinde de competencias establecido por la Ley Fundamental."<sup>90</sup>

También en punto a la información con que debe contar el legislador para decidir, vale la pena destacar que la Corte Suprema sostuvo, por vía de *obiter*, en *Granada*,<sup>91</sup> que "como toda ley, la que declara el estado de sitio necesita (...) el conocimiento cabal de las causas que la determinaron",<sup>92</sup> exigiéndose, en forma muy indirecta, que el legislador conozca la información sobre las causas que determinan la medida general. Empero, en el caso se resolvió que el Ejecutivo no necesitaba probar la motivación del acto particular de arresto,<sup>93</sup> y, como sabemos, se convalidó tal acto.

(ii) **Casos de emergencia económica:** En el caso de las medidas de emergencia económica, en la revisión de las cuales ha jugado un rol importante —una

<sup>86</sup> Cons. 9°.

<sup>87</sup> Cons. 11.

<sup>88</sup> Entre otros, CSJN, *Fallos*, 244: 59; 246: 205; 247: 528; 249: 522; 250: 832; 252: 244; 253: 44; 256: 359.

<sup>89</sup> CSJN, *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, *Fallos*, 248:800.

<sup>90</sup> CSJN, *Fallos*, 248:800, Cons. 9°.

<sup>91</sup> CSJN, *Fallos*, 307:2284.

<sup>92</sup> CSJN, *Fallos*, 307:2284, cons. 9.

<sup>93</sup> CSJN, *Fallos*, 307:2284, cons. 10.

vez más— el control de razonabilidad, aplicado con horizontes más amplios que en materia de estado de sitio, tampoco se verifica una aplicación generalizada del análisis de costo-beneficio de la medida de emergencia económica. Sin embargo, adelantamos que existe un par de excepciones a esta suerte de regla.

El análisis de los precedentes en materia económica transita por dos distintos andariveles: por un lado, la facultad de los jueces para poner en tela de juicio la emergencia; y, por el otro, si efectuaron en la decisión judicial un análisis de costos y beneficios.

En términos generales, puede afirmarse que, en pluralidad de conocidos precedentes, incluyendo *Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*,<sup>94</sup> *Avico c/ De la Pesa*,<sup>95</sup> *Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes*,<sup>96</sup> *Russo c/ Delle Donne*,<sup>97</sup> *Cine Callao*,<sup>98</sup> *Fernández Orquín c/ Ripoll*,<sup>99</sup> *Peralta c/ E. N.*,<sup>100</sup> no se discutió la existencia de la emergencia—doctrina de la irrevisibilidad del acierto del legislador.—<sup>101</sup>

Dicha irrevisibilidad se evidencia en *Ercolano*, en el cual se afirmó que “no es de resorte del poder judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni de las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley. Le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada, teniendo para ello en cuenta la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva.”<sup>102</sup>

También se ratifica en *Avico*, al señalarse que “La coincidencia en el sentir de los grandes poderes de Estado Legislativo y Ejecutivo, y los hechos recordados (...) llevan al convencimiento de que había en realidad un estado de emergencia producido por fenómenos económicos;” agregándose que “Ese desastre económico es tan hondo y ha cambiado tan bruscamente el valor de la propiedad y de todos los productos de la agricultura y ganadería, y consiguientemente el precio del arrendamiento de los campos y casas, que si el Congreso no se hubiera resuelto a establecer la moratoria y especialmente la rebaja del interés de los préstamos hipotecarios, los acreedores hipotecarios que percibieron durante años su capital en una moneda extraordinariamente valorizada dentro del país, por la

<sup>94</sup> CSJN, Fallos, 136:161.

<sup>95</sup> CSJN, Fallos, 172:21.

<sup>96</sup> CSJN, Fallos, 199:483.

<sup>97</sup> CSJN, Fallos, 243:467.

<sup>98</sup> CSJN, Fallos, 247:121.

<sup>99</sup> CSJN, Fallos, 264:416.

<sup>100</sup> CSJN, Fallos, 313:1513.

<sup>101</sup> Para BIANCHI, *op. loc. cit.*, la aplicación de dicha doctrina depara una cuestión política encubierta; destaca también tal irrevisibilidad SAENZ, JUAN I., “Balance Crítico sobre la Jurisprudencia en Materia de Emergencia Económica”, en AHE, DAFNE S. (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia II*, Buenos Aires, FDA, 2002, p. 157 y ss.

<sup>102</sup> CSJN, Fallos, 136:161.

*emergencia, adquirieron en préstamo extensión de la crisis; todas sus disposiciones como es el interés por los medios empleados, la de los intereses por su interés, son justos y chos contractuales.”*

Lo propio puede decirse de la eficacia de los mecanismos de saber si debieron ajenos a la competencia de la razonabilidad debe examinar si son conseguir y, en consecuencia, la elección de los derechos que pueda sustituir del Congreso de la Nación las leyes”<sup>104</sup>

En *Peralta* también se menciona la oportunidad o oportunidad.<sup>105</sup>

Ello podría llevar a poner en tela de juicio los costos y beneficios:

Una respuesta afirmativa negativa, fundada en la ineficacia no puede ponerse en consecuencia—, sólo se enderezada a sobre la eficiencia.

No obstante ello, la balanza a favor de la ciertos precedentes ju

El criterio de inter no pueden prescindir cuencias que derivan

<sup>103</sup> CSJN, Fallos, 172:

<sup>104</sup> CSJN, Fallos, 247:

<sup>105</sup> CSJN, Fallos, 313:

zontes más amplios que en aplicación generalizada de la ley económica. Sin embargo, la aplicación de la ley es suerte de regla.

La ley transita por dos distintos caminos: o se pone en tela de juicio por el Poder Judicial o se somete a un análisis de

la legalidad de conocidos precedentes. En *Avico c/ De la Pesa*,<sup>94</sup> *elle Donne*,<sup>97</sup> *Cine Callao*,<sup>98</sup> se discutió la existencia de un error del legislador.<sup>101</sup>

En el cual se afirmó que "no es el caso de otros poderes públicos en una situación crítica, ni de las facultades de la aplicación de la ley. Los poderes constitucionales del Poder Judicial no pueden usar y disponer de la propiedad en cuenta la naturaleza restrictiva."<sup>102</sup>

La coincidencia en el sentir de los jueces, y los hechos recordados de un estado de emergencia que "Ese desastre económico de valor de la propiedad y de consecuencia, consiguiendo el precio del Congreso no se hubiera rebajado del interés de los prestatarios durante años su vida dentro del país, por la

*emergencia, adquirirían en realidad un valor de compra muy superior al que dieron en préstamo (...) En consecuencia podemos afirmar que la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como es el interés público comprometido en esta grave emergencia y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y del pago de los intereses por seis meses vencidos, así como el seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales.*"<sup>103</sup>

Lo propio puede decirse de *Cine Callao* al reiterarse que "el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados (...) [E]l tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes"<sup>104</sup>

En *Peralta* también se afirma que no compete al Tribunal el análisis del "acierto, oportunidad o conveniencia" de las decisiones de los otros poderes del Estado.<sup>105</sup>

Ello podría llevar a plantear la reflexión siguiente: si el magistrado no puede poner en tela de juicio la existencia fáctica de la emergencia, ¿podría indagar en los costos y beneficios de la medida general en tanto aplicada al caso en concreto?

Una respuesta apresurada a tal cuestión podría hacernos inclinarnos a favor de la negativa, fundada en que si la existencia de una "situación de emergencia" económica no puede ponerse en duda —sometida al escrutinio judicial la medida dictada en consecuencia—, sólo se podría revisar judicialmente su eficacia, esto es, si parece enderezada a sobrellevar aquella situación —y su proporcionalidad—; mas no su eficiencia.

No obstante ello, no podemos dejar de señalar que dos razones inclinarían la balanza a favor de la afirmativa. Nos referimos a un criterio de interpretación, y ciertos precedentes jurisprudenciales.

El criterio de interpretación al cual nos referimos es el que dice que "los jueces no pueden prescindir, en la interpretación y aplicación de las leyes, de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices

<sup>103</sup> CSJN, Fallos, 172:21.

<sup>104</sup> CSJN, Fallos, 247:121.

<sup>105</sup> CSJN, Fallos, 313:1513, cons. 36.

na depara una cuestión política balance crítico sobre la Jurisprudencia. (coord.), *El Derecho Administrativo*.

más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia.<sup>106</sup> Esas consecuencias bien podrían abarcar los costos y beneficios que la aplicación de la norma depare, y sobre quiénes recaerían aquéllos.

La jurisprudencia a la cual nos referimos se evidencia en el trascendente fallo *Peralta*, en el cual no sólo se efectúan consideraciones de la esfera de la eficacia de la medida, sino también de la de los costos y beneficios involucrados.

En efecto, la eficacia aparece invocada con relación a la vía elegida ("la ley 16.986 se ha propuesto normar este procedimiento excepcional para asegurar eficazmente el ejercicio de las garantías individuales contra la arbitrariedad y la ilegalidad manifiestas,"<sup>107</sup> "no existe otro remedio eficaz al efecto"<sup>108</sup>); al decreto impugnado ("ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados"<sup>109</sup>); a las circunstancias que lo rodean ("respecto de la eficacia a la que se hizo mención en la segunda salvedad arriba apuntada, es necesario formular ciertas especificaciones derivadas de las circunstancias en que se desenvuelven los fenómenos económicos en la República"<sup>110</sup>); con relación a cómo se tomó la decisión ("La transparencia de las decisiones públicas, insita en la forma republicana de «gobierno» puede así confrontarse con la necesidad de preservación de la vida misma de la Nación y el Estado. Esto no implica subordinar el fin a los medios, preferencia axiológica que es conocida fuente de los peores males que puede padecer la sociedad, pero sí adaptar los tiempos de esa transparencia, pues de otro modo todo remedio en la materia podría resultar ineficaz"<sup>111</sup>); ("Parece evidente que tanto en este último caso como en el que aquí nos ocupa, la eficacia de la medida adoptada -cuya conveniencia y acierto es, como se verá, extraña a la valoración judicial-, depende en forma fundamental de la celeridad con que se adopte y ponga vigencia"<sup>112</sup>); con relación al medio elegido ("inmersos en la realidad no sólo argentina, sino universal, debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales"<sup>113</sup>), y al poder ejercido ("No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado"<sup>114</sup>), en punto a las instituciones involucradas ("Es evidente que nadie puede pagar con recursos de los que no dispone; es también evidente que del deterioro

<sup>106</sup> CSJN, Fallos, 234:482; 302:1284; entre otros.

<sup>107</sup> CSJN, Fallos, 313:1513, cons. 5°.

<sup>108</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 12.

<sup>109</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 24.

<sup>110</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 26.

<sup>111</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 26.

<sup>112</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 26.

<sup>113</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 29.

<sup>114</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 44.

antes señalado no cabe cipios en sí mismos, per de las instituciones soc. rar eficazmente la viger

Y es de destacar que y beneficios en el párra que:

"Es una actitud de instituciones sociales c puedan cumplir, o preu con la imposibilidad de

En fallos más reciente ta la importancia de aqu debe darse a las limitac cio eficaz de los poderes la medida. En el fallo *Te* "Para enfrentar conflic todos los medios que le agrega que "sus poderes caso tampoco se hace al

Y en el fallo "*San Lu* concebible que una línea tantes del país",<sup>121</sup> se efectos de la política responsabilizar a los dep bida y ejecutada por el los depositantes, en prin el soporte económico de irrazonable ha sido que una de las partes (...) No medio empleado ha pro

<sup>115</sup> CSJN, Fallos, 313: 151

<sup>116</sup> CSJN, Fallos, 313:1513

<sup>117</sup> El subrayado nos perte

<sup>118</sup> CSJN, Fallos, 325:28, c

<sup>119</sup> CSJN, Fallos, 325:28, c

<sup>120</sup> Causa S.173.XXXVIII.

de amparo", del 5/3/03 (en w

<sup>121</sup> Causa *San Luis* cit., coi nes del campo de la social c

razones de espacio, soslayar.

<sup>122</sup> Causa *San Luis* cit., coi

<sup>123</sup> Causa *San Luis* cit., coi

ia.<sup>106</sup> Esas consecuencias  
ación de la norma de pare,

ia en el trascendente fallo  
e la esfera de la eficacia de  
involucrados.

n a la vía elegida ("la ley  
cepcional para asegurar  
ntra la arbitrariedad y la  
z al efecto"<sup>108</sup>); al decreto  
go social, frente a la cual  
instrumentadas en aquel  
s distintos a los arbitra-  
de la eficacia a la que se  
la, es necesario formular  
s en que se desenvuelven  
lación a cómo se tomó la  
insita en la forma republi-  
dad de preservación de la  
ca subordinar el fin a los  
e de los peores males que  
nos de esa transparencia,  
resultar ineficaz"<sup>111</sup>); ("Pa-  
el que aquí nos ocupa, la  
cierto es, como se verá,  
fundamental de la celeridad  
medio elegido ("inmersos  
be reconocerse que por la  
e para ellos, difícilmente  
y rapidez por cuerpos  
e a las limitaciones consti-  
de los poderes del Esta-  
evidente que nadie puede  
evidente que del deterioro

antes señalado no cabe detraerse, aduciendo derechos individuales, nobles principios en sí mismos, pero no menos nobles que los que interesan a la subsistencia de las instituciones sociales que son precisamente las únicas que puedan asegurar eficazmente la vigencia de aquéllos"<sup>115</sup>).

Y es de destacar que en *Peralta* se efectúa una explícita consideración de costos y beneficios en el párrafo final.<sup>116</sup> Recordemos dicho párrafo, en el que se afirma que:

*"Es una actitud de enfermiza contradicción social la que pretende que dichas instituciones sociales cumplan con la prestación de beneficios con los que no puedan cumplir, o previstos en épocas distintas, al costo de verse confrontadas con la imposibilidad de su subsistencia."*<sup>117</sup>

En fallos más recientes tal criterio jurisprudencial no se repite, lo cual aumenta la importancia de aquel precedente. En el caso *Smith*<sup>118</sup> se alude a la eficacia ("o debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado," cons. 9°), pero no se alude a la eficiencia de la medida. En el fallo *Tobar*<sup>119</sup> se rinde homenaje a la eficacia en estos términos: "Para enfrentar conflictos de esa especie el Estado puede valerse lícitamente de todos los medios que le permitan combatirlos con éxito y vencerlos", pero se agrega que "sus poderes no son ilimitados" (cons. 19). No obstante ello, en este caso tampoco se hace alusión a la cuestión de la eficiencia.

Y en el fallo "*San Luis*",<sup>120</sup> tomándose por presupuesto que "es difícilmente concebible que una línea gubernamental satisfaga los intereses de todos los habitantes del país",<sup>121</sup> se efectúa una consideración expresa de sobre quiénes recaerían los costos de la política económica y financiera bajo examen ("Tampoco cabe responsabilizar a los depositantes por una política económica y financiera concebida y ejecutada por el poder público estatal";<sup>122</sup> "hacer recaer sobre el sector de los depositantes, en principio ajeno en su causa y en sus efectos a esa disparidad, el soporte económico de las consecuencias de la opción gubernamental";<sup>123</sup> "lo irrazonable ha sido que tales perjuicios se hicieron recaer mayormente sobre una de las partes (...) No ha existido distribución equitativa del perjuicio (...) el medio empleado ha provocado un menoscabo más significativo para el deposti-

<sup>115</sup> CSJN, Fallos, 313: 1513, cons. 59, párr. 2°.

<sup>116</sup> CSJN, Fallos, 313:1513.

<sup>117</sup> El subrayado nos pertenece.

<sup>118</sup> CSJN, Fallos, 325:28, del 1/2/02.

<sup>119</sup> CSJN, Fallos, 325:28, del 22/3/02.

<sup>120</sup> Causa S.173.XXXVIII. Originario. "*San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo*", del 5/3/03 (en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar))

<sup>121</sup> Causa *San Luis* cit., cons. 20, párr. 3° del voto de la mayoría. La alusión inspira reflexiones del campo de la *social decision theory* en los sistemas democráticos, que debemos, por razones de espacio, soslayar.

<sup>122</sup> Causa *San Luis* cit., cons. 20, párr. 3° del voto de la mayoría.

<sup>123</sup> Causa *San Luis* cit., cons. 34 del voto de la mayoría.

tante que para la entidad bancaria" <sup>124</sup>), brindándose un resultado asimétrico ("el rasgo más sobresaliente del sistema sub examine es la notoria asimetría en el tratamiento de las situaciones que regula" <sup>125</sup>) cuando como regla, en situaciones de crisis, "el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida, por todos los integrantes de la sociedad." <sup>126</sup>

A modo de conclusión con relación a este acápite, puede afirmarse, entonces, que los precedentes en materia de emergencia política –y el control de razonabilidad en ellos realizado– enseñan acerca de la labor de interpretación judicial de cara a la eficacia de la medida, más no de cara a su eficiencia, y, además, enfatizan la importancia de la información con la que debe contarse previo a la toma de decisión en sede judicial. Similar conclusión puede esbozarse en cuanto a los precedentes relativos a emergencias económicas. La excepción a tal aparente regla – más allá de la cuestión de la irrevisibilidad judicial de la existencia de la emergencia que parecería orientarnos hacia el campo de la pura eficacia desterrando consideraciones de eficiencia– está dada no sólo por el criterio jurisprudencia antes aludido –sobre las consecuencias de la aplicación de la norma– sino también por la jurisprudencia encabezada por *Peralta* pues en dicho precedente se efectúan no sólo extensas consideraciones sobre la eficacia de la medida, sino también explícitas apreciaciones en cuanto a los costos y beneficios del decreto 36/90; tendencia que, además, se reflejaría en *San Luis* al aludirse expresa y reiteradamente al reparto de costos en la aplicación de las medidas en crisis.

**c) ¿Existe un deber generalizado?:** Corresponde ahora inquirir en la tercera cuestión, esto es, si compete a los magistrados efectuar un análisis de costo-beneficio de la medida de emergencia. Dicha cuestión puede ser analizada bajo dos perspectivas, a saber: i) en general, o ii) en el caso en particular, esto es, si es procedente que utilicen tal método de análisis previo a decidir.

(i) La primera alternativa, obviamente, está vedada por el art. 116 de la C.N., que alude a "casos;" ello impide el análisis genérico, *in abstracto*, aun de los costos y beneficios de las normas, máxime ante la antes aludida doctrina de la irrevisibilidad del acierto del legislador, que también se manifiesta en la irrevisibilidad de las cuestiones de política económica y, en definitiva, en la irrevisibilidad de la existencia o no de emergencia, la cual siempre aparece, ante el juzgador, como un extremo fáctico ya dado. <sup>127</sup>

<sup>124</sup> Causa *San Luis* cit., cons. 45 del voto de la mayoría.

<sup>125</sup> Causa *San Luis* cit., cons. 21 del voto de la mayoría.

<sup>126</sup> Causa *San Luis* cit., cons. 53, con cita de *Peralta*, cit., cons. 58 y 59.

<sup>127</sup> Esto, sin embargo, no implica que el órgano judicial no pueda analizar sus caracteres. En el fallo "*San Luis*", antes citado (v. notas 120 a 126), se hace especial hincapié en que la situación fáctica al dictado de la ley 25.561 no había variado al dictarse el decreto 214/02 (*vide* cons. 29, párr. 3° y cons. 30 *in fine* del voto de la mayoría) conforme surgía de los considerandos de este último.

(ii) La segunda a ces.

En primer lugar, de decisión, deben cuantificables, lo que suscita este que es sabido que la valoración para el análisis trina. <sup>128</sup>

En segundo lugar, llamado análisis de costo la decisión. Creemos que hallarse dominada por el precedente *Peralta*, casi una decena – y s

Lo dicho merece un análisis de costos de emergencia económica

La adopción de señalar los costos y beneficios al reparto o asignación de decisiones jurisdiccionales máxime los costos por señalado oportunamente

En este línea de posición frente a los costos también el reparto de cuales las cuantificables

<sup>128</sup> Esta es la serie *and Economics*, Boston,

<sup>129</sup> KRIER, JAMES E., *Dictionary of Economics*

<sup>130</sup> KRIER, "Risk Assessment"

<sup>131</sup> A modo de ejemplo CA, Sala III, "*Monti*", cuestión del reparto de las deudas del banco, es ajena de bonos estatales para reprogramación aparece manera que en ambos depositantes" (cons. VII, bien común, papel sobre rativo, Buenos Aires, As

resultado asimétrico ("el notable asimetría en el como regla, en situaciones medida, por todos los inte-

uede afirmarse, entonces, el control de razonabilidad retación judicial de cara a , y, además, enfatizan la previo a la toma de deci- se en cuanto a los prece- ón a tal aparente regla - existencia de la emergen- eficacia desterrando con- erio jurisprudencia antes orma- sino también por la precedente se efectúan no lida, sino también explíci- decreto 36/90; tendencia resa y reiteradamente al sis.

hora inquirir en la terce- ar un análisis de costo- ede ser analizada bajo dos particular, esto es, si es decidir.

por el art. 116 de la C.N., bstracto, aun de los costos a doctrina de la irrevisibi- sta en la irrevisibilidad de en la irrevisibilidad de la ante el juzgador, como un

(ii) La segunda alternativa merece algunas reflexiones en cuanto a sus matices.

En primer lugar, tenemos que tener en cuenta que, bajo la teoría de la toma de decisión, debemos dar por supuesto que "todas" las alternativas son cuantificables, lo cual presupone que son cognoscibles. Más allá de las reflexiones que suscita este segundo calificativo, en punto al primero es menester señalar que es sabido que existen costos y beneficios de difícil cuantificación o valuación para el analista, lo cual ha sido oportunamente apuntado por la doctrina.<sup>128</sup>

En segundo lugar, consideremos la noción de eficiencia, emergente de un detallado análisis de costos y beneficios, y la noción de eficacia, que apunta al éxito de la decisión. Creemos que el control judicial de las medidas de emergencia parecería hallarse dominado por la noción de eficacia. Tomemos a título de ejemplo el precedente *Peralta*; en él se alude a dicha noción en pluralidad de oportunidades - casi una decena- y sólo una vez se alude a los costos y beneficios.

Lo dicho merece que efectuemos una digresión, con relación a la sustancia del análisis de costos beneficios de cara a la función jurisdiccional ante las medidas de emergencia económica.

La adopción de soluciones fundadas en el Derecho implican algo más que ponderar los costos y beneficios de la decisión que se adopte: implican en esencia un reparto o asignación de costos.<sup>129</sup> Y la distribución -eficiente- de costos en las decisiones jurisdiccionales -tal que se maximicen los beneficios y se reduzcan al máximo los costos para las partes- es por demás difícil de obtener, como lo ha señalado oportunamente la doctrina.<sup>130</sup>

En este línea de pensamiento, si bien las presunciones legales facilitan la decisión frente a los costos y beneficios involucrados y al reparto de costos -sopesando también el reparto de riesgos-,<sup>131</sup> existen áreas del derecho constitucional en las cuales las cuantificaciones pueden ser arduas (tales como los casos de conflicto de

<sup>128</sup> Esta es la seria advertencia que formula POLINSKY, A. MITCHELL, *An Introduction to Law and Economics*, Boston, Little, Brown and Co., 1989, 2<sup>nd</sup> ed., p. 138

<sup>129</sup> KRIER, JAMES E., voz "Risk Assessment", en NEWMAN, PETER (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londres, Macmillan, 1998, vol. 3, p. 347 y ss., esp. p. 348.

<sup>130</sup> KRIER, "Risk Assessment", op. loc. cit.

<sup>131</sup> A modo de ejemplo en punto al reparto de riesgos, puede verse la sentencia de la CNFed. CA, Sala III, "Monti", del 28/2/03, donde se lee: "Desde otra perspectiva, para encarar la cuestión del reparto de los riesgos o simetría de posiciones en el marco de las normas cuestionadas, conviene destacar que la exposición al cambio del patrón -pesificación- de créditos y deudas del banco, es ajena a éste, en la medida en que el art. 7°, dto. 214/02 dispone la emisión de bonos estatales para enjugar en su momento la diferencia de \$0,40; al tiempo que la reprogramación aparece enderezada únicamente a proteger la liquidez de todos los bancos; de manera que en ambos casos, el respectivo riesgo se desplaza, en rigor, hacia el universo de depositantes" (cons. VII, c). Ello, entendemos, con menoscabo al rol del Estado como gestor del bien común, papel sobre el cual enseña COMADIRA en *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 32 y ss., esp. p. 35.

s. 58 y 59. En da analizar sus caracteres. En e especial hincapié en que la dictarse el decreto 214/02 (vide me surgía de los considerandos

derechos fundamentales, y en el caso de restricciones económicas fundadas en la emergencia, cabría indagar en la cuestión de si el derecho de propiedad es o no un derecho fundamental).

En el área específica de los derechos de contenido patrimonial, y también en el área de los derechos de contenido no patrimonial, sin embargo, un dato de la realidad que puede servir para armonizar intereses opuestos o disímiles puede ser el del respeto por la decisión democráticamente adoptada, y, en tal caso, a mayor representatividad democrática del decisor, menor peso específico debería darse a los costos involucrados en la decisión.

De acuerdo con lo dicho, y a modo de conclusión sobre el análisis de costos y beneficios en sede judicial al efectuarse la revisión judicial de las medidas de emergencia, debemos destacar que, especialmente de cara al párrafo final de *Peralta* y a las reiteradas alusiones al asimétrico reparto de costos en *San Luis*, puede válidamente afirmarse que en sede judicial se ha efectuado, en forma explícita, una referencia a los costos y beneficios de la medida genérica de emergencia, por encima y más allá del caso en concreto.

### VIII. Conclusiones:

En términos generales, y tomando como base que el análisis costo-beneficio es esencial para evaluar la eficiencia de una decisión,<sup>132</sup> este trabajo repasó algunos aspectos de interés jurídico en el análisis de la toma de decisión cuando media una emergencia, en el plano teórico general, y en tanto consagrado legislativamente en el sistema legal norteamericano y a nivel convencional internacional en nuestro país, reseñándose algunos ejemplos prácticos de tal adopción en nuestro medio. Luego, en el marco de la emergencia, se analizó la toma de decisión por parte del legislador y en el ámbito judicial, a fin de detectar la existencia de un análisis de eficiencia de la decisión general -del legislador- o particular -en el caso en concreto a fallar-.

Sin embargo, finalizando estas líneas, nuevos interrogantes surgen en el horizonte. Veamos:

a) Aun cuando el intérprete judicial no puede presumir la inconsecuencia del legislador, ¿existe una obligación generalizada del Estado -a través de los órganos que dictan normas de alcance general- de recabar información tendiente al establecimiento de los costos y beneficios de la decisión legislativa? Al adoptar las medidas, en la emergencia, ¿tiene que velar por la eficacia, o también por la eficiencia, de su accionar? ¿Subsiste esa obligación en tiempos de emergencias imprevisibles, o sólo podría regir en tiempos de emergencias previsibles? Es más, ¿qué consecuencias acarrea la adopción de medidas de emergencia urgentes, cuando no hay tiempo para recabar la información?

<sup>132</sup> Véase texto correspondiente a nota al pie 11.

b) Desde el punto de ¿existiría alguna modi daños derivados de una y profundo análisis de posibilitare fuere dispo

c) De cara al art. 90¿ mayor sea el deber de mayor será la obligaci¿ pueden equipararse l beneficios que el decis normativa?

Y dentro del interrog: información sobre los co ración en una "desjuridi micos terminan gobern misma, en tanto hecho, sideraciones de eficacia ca?

En esta línea argum de los costos y benefic miento y resignación a fuerza normalizadora c vertida por COMADIRA a así las cosas, si el análi conllevara la considera la provincia de lo puran

El problema, así visl equidad, como apunta F tal que el análisis jurí análisis económico, al m

Sin embargo, recuerde ló, en 1897, siendo *justic dos a considerar los fine*

<sup>133</sup> COMADIRA, JULIO R., *De El equilibrio*, según el autor.

<sup>134</sup> Esta cuestión ha sido *the Law*, Boston, Little, Bro límites de este trabajo su res 14/15, y, desde la óptica cons

<sup>135</sup> Véase GORBILLO, AGUS: principio de razonabilidad e "racionalidad irracional de i

es económicas fundadas en la  
recho de propiedad es o no un

patrimonial, y también en el  
sin embargo, un dato de la  
puestos o disímiles puede ser  
ptada, y, en tal caso, a mayor  
eso específico debería darse a

sobre el análisis de costos y  
n judicial de las medidas de  
cara al párrafo final de *Peralta*  
de costos en *San Luis*, puede  
fectuado, en forma explícita,  
a genérica de emergencia, por

el análisis costo-beneficio es  
<sup>132</sup> este trabajo repasó algunos  
de decisión cuando media una  
consagrado legislativamente  
cional internacional en nues-  
le tal adopción en nuestro me-  
ó la toma de decisión por parte  
tar la existencia de un análisis  
r- o particular -en el caso en

interrogantes surgen en el hori-

resumir la inconsecuencia del  
Estado -a través de los órganos  
información tendiente a esta-  
ción legislativa? Al adoptar las  
la eficacia, o también por la  
ción en tiempos de emergencias  
ergencias previsibles? Es más,  
de emergencia urgentes, cuando

b) Desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado por acto legislativo, ¿existiría alguna modulación interpretativa que contemple diferencias entre los daños derivados de una decisión sustancialmente normativa adoptada con previo y profundo análisis de costos y beneficios, o sin él, cuando la información que lo posibilitare fuere disponible?

c) De cara al art. 902 del Código Civil, que establece el principio de que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos ¿pueden equipararse las "consecuencias posibles de los hechos" con los costos y beneficios que el decisor debería tomar en cuenta antes de producir su decisión normativa?

Y dentro del interrogante del acápite a), si esa obligación generalizada de recabar información sobre los costos y beneficios existiera, ¿redundería su exclusiva ponderación en una "desjuridización" del caso judicial? ¿Se trata de que los hechos económicos terminan gobernando lo jurídico? ¿O podrá ser, incluso, que la emergencia misma, en tanto hecho, es de por sí desjuridizante y provoca la primacía de las consideraciones de eficacia por encima de toda otra argumentación jurídica o económica?

En esta línea argumental, podría argüirse que la "exclusiva" consideración de los costos y beneficios, o ventajas y desventajas, pueden conducir al reconocimiento y resignación ante "la fuerza normativa de lo fáctico" por encima de "la fuerza normalizadora de lo normativo," extremos ambos cuya existencia es advertida por COMADIRA a propósito de las medidas de necesidad y urgencia.<sup>133</sup> Y, así las cosas, si el análisis judicial de las medidas de emergencia económica sólo conllevará la consideración de exclusivas razones de eficacia, éstas, al morar en la provincia de lo puramente fáctico, debilitarían el valor normativo en juego.

El problema, así vislumbrado, podría requerir modulaciones del plano de la equidad, como apunta POSNER,<sup>134</sup> o de la razonabilidad, como señala GORDILLO,<sup>135</sup> tal que el análisis jurídico morigere los resultados obtenidos sobre la base del análisis económico, al menos frente a los denominados "casos excepcionales."

Sin embargo, recordemos que fue un juez, OLIVER WENDELL HOLMES, quien señaló, en 1897, siendo *justice* de la Corte Suprema norteamericana, que "*somos llamados a considerar los fines de la legislación, los medios para obtenerlos, y los cos-*

<sup>133</sup> COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 289. El equilibrio, según el autor citado, se halla en la idea de Justicia.

<sup>134</sup> Esta cuestión ha sido claramente analizada en POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of the Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1992, 4<sup>th</sup> ed., p. 263/264 y sus remisiones, y excede los límites de este trabajo su reseña. Véanse, asimismo, GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., t. I, p. XVI-14/15, y, desde la óptica constitucionalista, la detallada exposición de DALLA VIA, ALBERTO, *Derecho Constitucional Económico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, ps. 94/99.

<sup>135</sup> Véase GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, op. cit., t. I, p. VI-54, donde se expone sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho, a modo de instrumento para vencer la "racionalidad irracional de la burocracia", que no repara en la eficiencia.

tos.”<sup>136</sup> Como puede apreciarse, la cuestión conforma una digna arena para el debate.

Teniendo presente la digresión efectuada en la sección anterior de este trabajo, y de cara a la reserva formulada sobre la confrontación entre lo fáctico y lo jurídico, en el estrecho sendero vislumbrado por el juez norteamericano citado, y –estimamos– para toda clase de decisiones jurídicamente relevantes, en la normalidad y también dentro de las limitaciones que el hecho de la emergencia impone, la búsqueda de soluciones eficientes –que deparen el menor costo y el mayor beneficio, para un universo dado de actores– es –entendemos– aconsejable, en tanto coadyuvante a la toma de decisión racional.

Y al mismo tiempo, cuando las situaciones de emergencia suelen inspirar el deseo de hacer primar la eficacia –obtención de un resultado– por encima de la eficiencia –menores costos que sufraga la comunidad comprendida en las consecuencias–, subvaluándose también la disponibilidad de información requerida para la toma de decisión y para la fundamentación de la respectiva decisión legislativa, un cuidadoso análisis de costos y beneficios, sobre la base de información tendiente a la simetría necesaria en la asignación de costos, puede echar luz en la tarea de elaboración, formulación e implementación de la medida, los efectos de la cual serán sin duda de amplia propagación y, eventualmente, serán objeto de escrutinio judicial en los casos que a la Justicia sean sometidos.

Para finalizar, recordemos que la Corte Suprema argentina enseña que una de las pautas hermenéuticas a seguir consiste en el examen atento de los términos de la ley que consulte, además de la voluntad del legislador, “la racionalidad del precepto.”<sup>137</sup> Con ello, parece tomar por sentado que el decisor –productor de normas– ha sido racional.

Pues bien, es ese criterio de racionalidad el que puede adoptarse en el momento de la toma de decisión judicial, cuando de la revisión de actos de amplio espectro de efectos se trata, dictados por razones de emergencia; ello, en pos de interpretaciones que apunten no sólo a la eficacia de la medida –siempre dentro de la armonía constitucional– sino también –y al menos– a su eficiencia, para beneficio de la maquinaria estatal y de los sujetos comprendidos en sus efectos.

<sup>136</sup> HOLMES, OLIVER WENDELL, “The Path of Law”, en *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace & Howe, 1920, p. 195. También comentado en SMITH, PATRICIA (Ed.), *The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 7/10.

<sup>137</sup> CSJN, *Fallos*, 310: 572, cons. 6°; 310: 1390, cons. 5°; 320: 1022, cons. 5°, entre otros.

Es intención, a tr  
decisiones adopt  
público, a través  
tan relevantes d  
una visión integri  
su eficacia, lo cu  
–en los planos n  
público buscado  
decisión bajo est

Concepto este  
incansablement  
esto último en ir  
exclusividad en

De este interés

Para dicho fir  
esencia del inter  
do sin voluntad  
solo dos, el princ  
la idoneidad po  
principio de prot  
trol judicial sufi

Consciente pe  
que nutren el in  
que me permitir