



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevideo



fores

foro de estudios sobre la
administración de justicia

***“LA SEGURIDAD JURIDICA COMO CONDICION
PARA EL DESARROLLO”***

***23 de noviembre de 2007. Universidad Católica Argentina. A. Moreau de Justo
1400. Buenos Aires. Argentina.***

INDICE

I.	ANTECEDENTES.....	Pág. 3
II.	DISCUSIONES DEL SEMINARIO.....	Pág. 4
III.	CONCLUSIONES.....	Pág. 9

I. ANTECEDENTES.

Los beneficios derivados de la seguridad jurídica en el marco de la gobernabilidad y el progreso económico, han sido reconocidos desde hace tiempo, por parte de organismos internacionales, instituciones públicas, entidades del sector privado y de la sociedad civil, en su conjunto.

Las instituciones definen las “reglas de juego” y determinan el tipo de relaciones que rigen el comportamiento económico de los actores públicos y privados. Internacionalmente, existe un reconocimiento de la influencia de las instituciones del sector público en la determinación y sostenibilidad del proceso de desarrollo económico.

Ello es así pues las instituciones públicas juegan un rol clave en la definición de los derechos de propiedad y en la regulación de los negocios, en promover la competencia, en definir cuestiones vinculadas con insolvencias y en la resolución de las disputas. En este último aspecto y en términos generales, puede decirse que los mayores costos de transacción se dan en la etapa de cumplimiento forzado de los contratos, ante el poder judicial.¹ Si bien existen foros de solución de disputas más eficientes, innumerables situaciones hacen necesaria la intervención del poder judicial (ej. derecho penal, derecho administrativo/regulatorio, etc), resultando entonces de suma importancia la existencia de un poder judicial independiente, que sea capaz de ofrecer un servicio de calidad y eficiente.

El reiterado reclamo de gobiernos extranjeros y del sector privado en general sobre la necesidad de fortalecer la seguridad jurídica (SJ) en la Argentina, es un tema recurrente que se ha agudizado en el país en los últimos años. Las decisiones de inversión – mantener las existentes o efectuar nuevas -, se ven condicionadas por varios elementos entre los cuales aparecen de modo relevante la existencia de marco legal adecuado y de un poder judicial capaz de hacer cumplir las normas.

A fin de contribuir positivamente al debate del fortalecimiento de la SJ en el país, FORES Y LA Fundación Pensar iniciaron en el año 2006, un Proyecto cuyo objetivo es el análisis y medición de la Seguridad Jurídica. El Seminario que se reseña en este informe es la segunda fase del citado proyecto y contó con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevideo de la Fundación Konrad Adenauer.

¹ La resolución de conflictos utilizando métodos alternos como la mediación, conciliación y el arbitraje son usualmente medios más eficientes.

II. DISCUSIONES DEL SEMINARIO.

Los objetivos del Seminario fueron: (i) instalación en la agenda pública de la importancia de la SJ para el Estado de Derecho; (ii) discusiones encaminadas a lograr un consenso sobre el concepto de SJ; (iii) aproximación de variables e indicadores; (iv) análisis del impacto político y económico de la SJ y; (v) fortalecimiento de la capacidad de debate y búsqueda de consenso con actores que trabajan la temática.

Las palabras de apertura a cargo de los representantes de las entidades organizadoras² resaltaron la vinculación entre SJ y Estado de Derecho, la necesidad de comprender la SJ en el marco de las políticas públicas y la satisfacción por la exitosa convocatoria lograda.³

En función de los objetivos planteados el esquema del Seminario permitió en primer lugar discutir un **marco teórico** para el encuadre del concepto de SJ.⁴

El enfoque se realizó usando la herramienta que provee el Análisis Económico del Derecho (AED) como marco referencial. En este sentido, el AED describe y analiza los impactos económicos que los marcos formal (jurídico-institucional) e informal (usos y costumbres), ocasionan en el comportamiento humano. Asumiendo que las personas físicas y jurídicas son racionales y razonables y por ende son capaces de ponderar sus costos y beneficios al promulgar, acatar y violar las normas, el AED propone mejoras en el diseño e implementación de instrumentos jurídicos. Este análisis considera las normas y el sistema político e institucional que las genera y aplica como un sistema de precios implícitos, que la persona paga/recibe y que afectan desde el punto de vista económico, negativa o positivamente a los sujetos que diseñaron y/o son destinatarios de la norma.

Sobre esta base el AED predice comportamientos humanos aplicando teorías económicas establecidas. En este aspecto cabe señalar que si bien la eficiencia económica es una variable de suma importancia, no es la única considerada bajo este análisis ya que criterios de equidad y efectividad son incluidos en este enfoque.⁵

De modo que el centro de análisis consiste en evaluar la relación que efectúa la persona (con los sesgos de percepción e información imperfecta) entre el costo/beneficio de acatar la norma (formal o informal) versus el costo/beneficio de violarla. Si la suma social de los beneficios netos de aplicar y cumplir con la norma es mayor a la suma social de los beneficios netos de violar esa misma norma, el marco normativo promoverá eficiencia económica y consecuentemente una mayor generación de riqueza esperada. El AED se aboca a la identificación de estos marcos normativos capaces de generar la riqueza social esperada. En este contexto el sistema legal/judicial debe promover la reducción de los costos de transacción social (costos de negociación contractual, costos de búsqueda de información, costos de resolución de disputas, etc).

² Los representantes de las tres organizaciones fueron: Patricio Petersen, presidente de Fores, Gisela Elsner, Directora Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer) y Fernando Alvarez, Director de Proyectos de la Fundación Pensar.

³ Las sesiones contaron con un promedio de 40 personas destacándose importante presencia de autoridades del poder judicial de diferentes fueros.

⁴ La presentación estuvo a cargo del Dr. Edgardo Buscaglia.

⁵ De particular relevancia es la efectividad al momento de analizar la actuación del poder judicial. Y es justamente en este ámbito donde se percibe con claridad la relación entre efectividad y eficiencia.

Sin embargo, el AED postula además que los marcos jurídicos sean percibidos socialmente como “legítimos”, generadores de potenciales eficiencias y que a la vez sean predecibles, consistentes y coherentes en su aplicación práctica.

En pocas palabras: se requiere de instituciones eficientes (predecibles, consistentes, coherentes y de igual aplicación a todos los sujetos de derecho), que posean adhesión social (legitimidad) y donde se perciba equidad y efectividad (aplicación en todos los niveles de gobierno, garantizando buena gobernabilidad que disminuya oportunidades de corrupción futura).

En segundo lugar, se discutió sobre la **definición y los alcances del concepto de SJ** y sobre su vinculación con el desarrollo económico. Recordando a Olivera (1965), la SJ comprende la seguridad física, los mecanismos de aplicación del derecho, la claridad y coherencia de las leyes y la estabilidad. Cuando estas condiciones no se presentan, se observa en círculo vicioso de inseguridad jurídica, provocada por la incertidumbre, la que ocasiona un retraimiento de la inversión y por ende menor desarrollo económico. Se recordó el mensaje de Forteza en el Coloquio de IDEA 2007, en cuanto a la necesidad de construir instituciones y demostrar una evolución favorable de los comportamientos individuales y colectivos en aras de alcanzar el desarrollo económico en una generación. Desde una perspectiva amplia se acordó que el concepto de SJ se relaciona con los de Estado de Derecho y aplicación efectiva de la ley.⁶

Desde una perspectiva más acotada se visualizó a la SJ como la probabilidad de que los agentes económicos puedan eludir las obligaciones que les impone el sistema jurídico.⁷ Ejemplo: Si los derechos de propiedad están bien definidos y no hay costos de transacción, el mercado es eficiente (teorema de Coase). Dentro de esta terminología, la seguridad jurídica (entendida de forma restringida) sería una parte de los costos de transacción; entendida de forma amplia, implicaría también derechos de propiedad bien definidos. En este tipo de análisis, la seguridad jurídica aparece normalmente como una variable “dummy” (o existe o no existe, pero sin grados intermedios). En el modelo de Becker, la seguridad jurídica puede asociarse con la probabilidad de sanción de un delito o contravención. A mayor probabilidad (seguridad jurídica), menor es el incentivo a cometer delitos. Este último enfoque es útil para distinguirla de la seguridad a secas (la seguridad física), que tiene más que ver con la probabilidad de que se comenten delitos que con la probabilidad de que se sancionen. Ejemplificando este supuesto: Una sociedad X puede tener alta seguridad física (si hay pocos delitos y los que los cometen son apresados) pero baja seguridad jurídica (si, en proporción, pocos son sancionados).⁸

Por último se marcó la interdependencia entre las nociones de Orden y Seguridad referenciándose a la SJ como subespecie de la Seguridad (Cueto Rúa: “Seguridad

⁶ Participaron de este panel: Enrique Del Carril, Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires; Germán Coloma, Profesor de Derecho y Economía. CEMA y Diego Bunge, Director del Postgrado en Derecho Bancario – UBA.

⁷ Referencia en la literatura por rama de derecho: Derechos de propiedad (Coase, 1960; Demsetz, 1967); Responsabilidad civil (Calabresi, 1961; Shavell, 1980a); Derecho contractual (Barton, 1972; Shavell, 1980b); Derecho penal y contravencional (Becker, 1968; Stigler, 1970).

⁸ En las áreas del AED relacionadas con situaciones de pago de indemnizaciones (contratos, responsabilidad civil), el grado de seguridad jurídica podría asociarse con la probabilidad de que un deudor o un autor de un hecho dañoso tenga efectivamente que indemnizar cuando el derecho así lo establece.

Jurídica” Rev. La Ley 1994- A, 742). En este enfoque se resaltó la importancia del rol de la Doctrina y Jurisprudencia como fuentes sustanciales del derecho y la incidencia del método de creación del derecho en nuestro país vinculados a las consecuencias de los altos costos de transacción para discernir cuál es la regla de derecho aplicable.

El tema de la correlación entre una **jurisprudencia estable y la SJ** en el marco de la gobernabilidad económica fue abordado de modo específico en un panel de Jueces. La pregunta inicial fue: Entre leyes incoherentes, jueces poco transparentes, decretos del ejecutivo que son verdaderas leyes generales, sobre quien recae la responsabilidad de la SJ? Las crisis económicas y emergencias declaradas llevaron a rupturas del marco legal con violaciones a derechos fundamentales que implicaron básicamente transferencias de riesgos. Ejemplos de casos que debieron resolver los jueces: (i) Plan canje ante la falta de asunción de riesgo empresarial vernáculo frente a la devaluación del Brasil; (ii) instituciones como el “trust” o fideicomiso funcionales en otros sistemas jurídicos pero que necesitan ajustes a la realidad local en un mundo globalizado, (iii) innumerables modificaciones a la ley de concursos y quiebras que permiten la rehabilitación automática del fallido en un año (único caso en el mundo), etc. En pocas palabras es muy difícil fallar con SJ cuando hay grandes problemas de diseño de marco legal. Se destacó como elemento clave la necesidad de legislación coherente, de jueces con capacitación en temas que involucren causas complejas (lavado de dinero, marcos regulatorios, etc.) y una adecuada cantidad de jueces para evitar demoras en la tramitación de causas. Por último se señaló la importancia de la jurisprudencia en la evolución del derecho. Las leyes son normas generales, el juez debe aplicarlas al caso concreto y apartarse de los antecedentes previos si hay elementos que lo ameriten (previa fundamentación). Ello por supuesto no salva las situaciones donde existe una “falla de mercado” que el juez no podrá salvar eficientemente, produciéndose situaciones de atención a casos individuales (justicia al caso concreto) en sacrificio de beneficio general/social (supuestos de morigeración de intereses por incumplimiento contractual – afectados por la crisis económica del 2001).⁹

Posteriormente se discutieron las **experiencias internacionales de reforma institucional** en mas de 90 países, formalizados mediante proyectos de asistencia técnica que involucraron el delineamiento de metodologías para evaluar y corregir los orígenes de la incertidumbre jurídica en distintas aéreas del sector publico (poder judicial, poder ejecutivo, etc) y del sector privado (mejores practicas lavado de dinero, ley de sociedades, etc). Los aspectos salientes de estas experiencias incluyen: (i) gradualidad en la implementación de las reformas (España trabajó 10 años en la reforma penal); (ii) rechazo a planes de reforma shock (ejemplos de fracasos en Latinoamérica en materia penal); (iii) necesidad de involucrar a los partidos políticos desde el inicio en los procesos de reforma judicial ya que en última instancia los procesos de reforma judicial son reformas políticas (experiencia de la reforma electoral en México). Lograr el consenso con los partidos políticos disminuye los riesgos de fracaso de implementación. Las mejores prácticas aconsejan disminuir la frecuencia de abusos de discrecionalidad sustantivos, procesales y administrativos, la utilización de criterios uniformes, evitar trasplantes de leyes e instituciones, ir más allá de la oralización en las reformas, respetar

⁹ Participaron de este panel: Patricia Ferrer, Jueza Cámara Civil y Comercial de La Plata; Ricardo Rojas, Vice- Presidente Fundación Hayek y María Lilia Díaz Cordero. Vocal Sala B Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

la separación de funciones (instructora y sancionadora) y establecer mecanismos de seguimientos y monitoreo a los procesos de reformas.¹⁰

Por último, la experiencia internacional fue enriquecida con comentarios de las reformas procesales en Río Negro, donde la reforma civil ha sido exitosa y la penal ha encontrado dificultades que hacen peligrar su satisfactoria implementación.

En cuanto a las discusiones sobre la **construcción de un ISJ**, se referenciaron distintos indicadores, desde una perspectiva de la ciencia política, clasificándolos en: (i) *económicos* (inflación últimos 10 años, tasa de interés de largo plazo, crédito interno al sector privado y desempeño fiscal en los últimos 10 años); (ii) *políticos* (Índice de Estabilidad Política -BM, Índice de Capacidades de los Congresos-BID, Índice de Efectividad Gubernamental -BM, Índice de Calidad de Política Pública- BID) e; (iii) *institucionales* (Índice de Estado de Derecho- BM, Mandato de los Jueces de Cortes Supremas- BID, Índice de Freedom House, Índice de Percepción de Corrupción- TI). Se sugirió en consecuencia pensar en un Índice Líder Institucional que permita predecir cambios en el ciclo económico y que esté compuesto por variables que tienden a cambiar de dirección en forma anterior al momento en que lo hace el ciclo económico (pronostica expansión y recesión de actividad). A modo de ejemplo se explicó la Regla Fiscal en Chile (índice líder institucional). Otra contribución planteó la necesidad de consensuar primero el concepto de SJ y evaluar la conveniencia de incluir aspectos como las cuestiones culturales y especialmente la conveniencia de que el índice reflejara consenso de varias instituciones y personas con diferentes visiones.¹¹

A estas contribuciones debe agregarse el rico debate sobre la conveniencia de que el Índice se construya siguiendo metodologías y apoyo teóricos que han probado ser exitosos en distintas regiones del mundo en proyectos de reforma institucional (que incluye el poder judicial). En esta línea, la sugerencia fue utilizar una metodología y aplicarla sectorialmente – por ejemplo al área comercial, o penal).¹² La metodología utilizada puede ser interdisciplinaria que incluya el AED, el análisis sistémico, la jurimetría, etc. El objetivo es evaluar si el sistema de justicia es predecible, coherente y consistente con las mejores prácticas (nacionales o internacionales). Para ello es primordial identificar aéreas de inseguridad jurídica sobre las que trabajar. Algunas actividades claves son: el análisis y la valoración jurisprudencial, estudio empírico (información cualitativa y cuantitativa de sentencias en el área del derecho elegido, estudio de tiempos procesales, etc.), y evaluación de los recursos humanos (capacitación, necesidad de entrenamientos). Se aconseja realizar encuestas de percepción a usuarios directos del sistema pero sólo reportar aquellas que se condicen con los hallazgos que resultan del análisis objetivo de las causas judiciales.

Finalmente, la discusión se centro en la **SJ y su impacto en el clima de negocios**. En esta discusión se recordó el origen alemán del concepto Estado de Derecho y su vinculación con el hecho de que el Juez es distinto de la Administración. La SJ es vista acá con un sentido más amplio que el Estado de Derecho, que se relaciona directamente

¹⁰ Ver presentación del Dr. Buscaglia: “Propuestas de sostenibilidad y efectividad de las reformas judiciales. Experiencia internacional”.

¹¹ Participaron de este panel: Rodrigo Luchinsky, Ex Subsecretario de Justicia. CABA y Pedro Isern, Investigador de la Red Libertad.

¹² Fundamento teórico: Teorema de Coase, Postulados de Hayek, Estudios Jurimetricos Buscaglia (2001-1997- 1995-1994); Teorema de Hobbes; etc.

con el ser humano y que incluye así a víctimas y victimarios por igual. Varios fallos en la jurisprudencia argentina definen la SJ.¹³

Relacionando específicamente el efecto de las creencias en el mercado y el impacto de titulación de tierras a usurpadores, se presentó un estudio realizado en Buenos Aires, que permite concluir el impacto positivo de dicha titulación en relación al crédito y a la mejora en las viviendas.

Sin embargo, la historia reciente del país no ha implicado un apego a las leyes ni a la SJ, especialmente en las normas regulatorias, administrativas y tributarias. Los esfuerzos institucionales para reducir la incertidumbre jurídica como el proyecto de El Digesto, han quedado olvidados. Se observa pasividad ante situaciones de aplicación retroactiva de reglamentos. A pesar de ello, una visión más positiva evaluó la situación actual desde la perspectiva del mercado financiero y la comparó con la crisis del 2001 señalando que lentamente se han visualizado progresos aunque destacó que la regulación de tasas no será una solución exitosa en el mediano plazo.

¹³ Participaron de este panel: Jorge Vanossi, Estudio Etcheverry, Gregorini Clusellas, Horvath, Vanossi & Asociados; Guillermo Tempesta, Gerente Principal Asesoría Jurídica. Banco Santander Río; Ernesto Schargrodsky, Director Escuela de Negocios. UTDT y Diego Cabot. Periodista de economía de La Nación.

III. CONCLUSIONES

Los objetivos inicialmente planteados se cumplieron exitosamente en el Seminario. En efecto, se comenzaron las discusiones públicas sobre: (i) la importancia de la SJ para el Estado de Derecho; (ii) la necesidad de lograr un consenso sobre el concepto de SJ; (iii) la aproximación de variables e indicadores; (iv) el análisis del impacto político y económico de la SJ y; (v) el fortalecimiento de la capacidad de debate y búsqueda de consenso con actores que trabajan la temática.

Si bien el debate del alcance del concepto de SJ no está agotado, hay consenso en cuanto a que debe incluir: a) mecanismos de aplicación del derecho, b) la claridad y coherencia de las leyes y c) predictibilidad en las sentencias judiciales. En este apartado debe señalarse que la SJ implica **certeza sobre los derechos y obligaciones de las personas** (físicas o jurídicas) como asimismo **la garantía de aplicación objetiva de la ley y las decisiones judiciales**. Consecuentemente la SJ es un atributo del sistema legal que genera confianza, cuyo ejercicio se realiza a través de mecanismos institucionales como el poder judicial, el defensor del pueblo, etc. y que impacta en el comportamiento racional de los individuos.

En cuanto a la aproximación de variables e indicadores, la evidencia empírica internacional sobre reformas institucionales, sugiere abordar la construcción de un ISJ desde una perspectiva micro/sectorial y con una metodología interdisciplinaria.

Un índice de estas características será de suma utilidad no sólo para el análisis de las políticas públicas en la materia, sino para fortalecer propuestas de mejoras del sector justicia y en general de la gobernabilidad en el marco del Estado de Derecho. Para ello, es altamente recomendable que cualquier propuesta de reforma judicial sea previamente consensuada con los partidos políticos. Ello así pues en última instancia, la reforma judicial es una reforma política.¹⁴

¹⁴ La presentación de conclusiones estuvo a cargo de la Dra. Nora Luzi.