

# Regulación y desregulación. La relación entre el derecho y la economía. Justicia general y principio de subsidiariedad

*In memoriam Dr. Armando Canosa, inolvidable amigo, discípulo, colaborador, gran jurista y hombre de bien*

por RODOLFO CARLOS BARRA

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS. – II. EL CONTRATO: LA NORMA DE LOS PARTICULARES Y LA BASE DEL SISTEMA JURÍDICO. – III. LA JUSTICIA GENERAL, LEGAL O DEL BIEN COMÚN. – IV. LAS NORMAS IMPERATIVAS. – V. EL COSTO DE LOS DERECHOS. – VI. EL COSTO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. – VII. LA DESREGULACIÓN. – VIII. LA DESREGULACIÓN COMO VUELTA A LA RACIONALIDAD.

## I. Introducción. La jerarquía de las normas

¿Cuál es la razón por la que las normas deben guardar una relación jerárquica entre sí?

La respuesta resulta evidente: se trata de una cuestión de seguridad jurídica. La norma de menor jerarquía necesita encontrar su sustento y su límite en la de mayor jerarquía. Y así también lo exige el orden lógico de lo general a lo particular que debe existir en el camino normativo. La norma que tiene prevalencia jerárquica comúnmente es de contenido general, mientras que la subordinada suele tener un contenido de mayor particularidad. El ordenamiento jurídico y sus instituciones para perdurar en el tiempo necesitan desarrollarse con coherencia.

En definitiva, el sector normativo del ordenamiento jurídico conforma un sistema basado en la Constitución. la que, precisamente, desde los tiempos de “Marbury”<sup>(1)</sup>, es

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Cuestiones de la delegación legislativa*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 182-1277; *Los límites de la delegación legislativa [El caso del decreto 677/01]*, por JAIME LUIS ANAYA, ED, 196-775; *Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite*, por DANIEL E. MAIJAR, ED, 197-799; *Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios*, por GUILLERMO C. SCHINELLI, ED, 198-1030; *Jefatura de gabinete y ley de acafealía, experiencias recientes*, por NORBERTO PADILLA, EDCO, 01/02-622; *El lugar del jefe de gabinete en el sistema constitucional argentino*, por PABLO LISTE, EDCO, 2003-390; *De la promesa de la atenuación a la realidad de la concentración. El Jefe de Gabinete de Ministros a diez años de la reforma constitucional*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2004-680; *Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2003-286; *Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa*, por ENRIQUE VALENTÍN VERAMENDI, EDCO, 2004-724; *Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?*, por PABLO RIBERI, EDCO, 2005-664; *Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo [El caso “Redrado”]*, por ALBERTO B. BIANCHI, ED, 236-845; *La aplicación de la normativa de emergencia económica*, por JAVIER J. SAERNO, ED, 242-511; *Delegación de facultades legislativas*, por GREGORIO BADENI, EDA, 2009-410; *Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?*, por JULIA MICHELINI, EDA, 2012-556; *El régimen de delegación legislativa en la nueva ley de abastecimiento*, por SANTIAGO MARÍA CASTRO VIDELA y SANTIAGO MAQUEDA FOURCADE, EDLA, 8/2015-7; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 285-846; *La potestad del Estado para intervenir en las relaciones del trabajo en momentos de emergencia económica y social: consideraciones acerca de la Ley 27.541 y del Decreto 14/2020*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 286-377; *La Constitución en tiempos de pandemia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EL Derecho Constitucional, n° 4, abril de 2020; *La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, ED, 287-768; *El decreto de necesidad y urgencia 690/20: una oportunidad para pensar sobre los decretos de necesidad y urgencia, su control parlamentario, los servicios públicos y los principios de subsidiariedad y razonabilidad*, por JUAN CRUZ AZZARRI, Revista de Derecho Administrativo, agosto 2020, n° 8; *Reglamentos del Poder Ejecutivo, opciones ante la dilación u omisión de reglamentar*, por LEANDRO NICOLÁS MAZZA, EL Derecho Constitucional, Diciembre 2020 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(1) Corte Suprema de Estados Unidos, “Marbury vs. Madison”, 5 U.S. 137 (1803). Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Municipalidad de la Capital c. Elortondo” (Fallos: 33:162; 1888), precisó: “[...] es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a

considerada la norma de mayor jerarquía, con fuerza de desplazar a la de jerarquía menor en el caso concreto en el que ambas resulten aplicables, contradictoriamente, a la misma “causa o controversia”<sup>(2)</sup>.

Entonces, esta construcción jerárquica (arquitectura lógica) es un elemento esencial del ordenamiento jurídico<sup>(3)</sup>.

## II. El contrato: la norma de los particulares y la base del sistema jurídico

En diversas ocasiones he sostenido que el elemento o sector normativo del ordenamiento jurídico se integra mayoritariamente (y precisamente) por normas creadas por los particulares. Obviamente, ello sin perjuicio de la vigencia que tiene sobre ellas (y sobre todo el conjunto normativo) la ley natural expresada en los tres principios fundamentales enunciados por Ulpiano: vivir honestamente, no dañar al otro, dar a cada uno lo suyo.

En sus relaciones mutuas los particulares (especialmente las personas humanas) acuerdan voluntariamente conductas en común, dotadas o no de exigibilidad jurídica

su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”. Es evidente la influencia del precedente americano “Marbury vs. Madison”.

(2) Posner, Richard A., *Frontiers of legal theory*, Harvard University Press, 2001, p. 258: “En el caso del sistema legal (federal) estadounidense, la norma básica es que la Constitución estadounidense crea normas jurídicas válidas. La norma básica certifica la autoridad de la Constitución como fuente de derecho. La validez de la norma básica debe ser, por definición, asumida más que demostrada. Sólo podría demostrarse derivándola de otra norma, y entonces no sería la norma básica. Kelsen deja esto claro con un ejemplo teológico. La norma de que se deben obedecer los mandamientos de Dios es una norma básica, no una norma derivada, porque sería absurdo justificar la obediencia a los mandamientos de Dios argumentando que alguien te había ordenado obedecer esos mandamientos. La idea de norma básica es trascendental en el sentido de ser una condición previa para tener una teoría del derecho, como la causalidad lo era para Kant una condición previa de ciertas teorías físicas. Y así como el yo en la metafísica kantiana no es parte del mundo empírico sino que es el fundamento o condición previa de nuestra comprensión empírica, la norma básica fundamenta el sistema jurídico pero no es en sí misma parte de él”.

(3) Como “ordenamiento jurídico” entiendo (inspirado en Santi Romano) a la “polis” o comunidad política vista desde la perspectiva jurídica, como un sistema integrado por los sujetos (personas humanas y jurídicas, estas últimas privadas o públicas); el centro de poder o Gobierno (el Estado, al menos en nuestro sistema constitucional, es solo la personificación jurídica del Gobierno) integrado, como elementos determinantes, por sus órganos y las personas públicas que en él se incardinan (personas gubernamentales); las relaciones jurídicas de los sujetos entre sí y las normas que rigen tales relaciones jurídicas y otras conductas de los sujetos, entre estas últimas relaciones no jurídicas (por ej., en este caso, normas morales). Un elemento fundamental es el teleológico o Bien Común, mientras que las relaciones funcionales entre los elementos están establecidas por las normas, jurídicas o no, y por los principios de subsidiariedad y solidaridad, el primero estableciendo el límite prudencial entre el sector público del ordenamiento (el Gobierno y los sujetos públicos) y el sector privado del mismo (los sujetos privados o partes, es decir, particulares con fines propios), y el segundo como idea rectora de todo el ordenamiento y medio indispensable para la obtención del Bien Común. La idea directriz del sistema-ordenamiento jurídico es la justicia, como virtud que nos conduce a dar a cada uno lo suyo, en sus tres especies: la justicia general, legal o del Bien Común (el “suyo del otro” es el Bien Común o bien del todo); la justicia particular (el “suyo del otro” es el bien de las partes) en sus dos especies: conmutativa, donde el bien a intercambiar es el propio no participado de las partes (es la virtud de la justicia en las relaciones parte privada-parte privada) y distributiva, donde el bien es la participación en el Bien Común que a cada parte le corresponde como carga o beneficio, presente en las relaciones parte pública-parte privada. Ampliar en Barra, Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento*, Astrea y Ediciones Rap, Buenos Aires, 2018, tomo 1, Capítulo III La Regulación Administrativa, pp. 111 y ss.; y Barra, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 2002, Capítulo III Justicia y Bien Común, pp. 103 y ss.

ca, aunque, en principio, sin trascender del ámbito propio de los interesados<sup>(4)</sup>.

Los acuerdos entre particulares con efectos jurídicos se denominan “convenciones”, si carecen de contenido patrimonial, o “contratos”, si tienen dicho contenido (cfr. art. 957, Código Civil y Comercial, CCC)<sup>(5)</sup>.

Este acto jurídico bilateral voluntario da creación a relaciones jurídicas (también las regula, modifica, extingue, transfiere, cfr. art. 957 cit.), con efecto vinculante para las partes (cfr. art. 959, CCC).

Por lo tanto, el contrato (en el sentido genérico –también las convenciones– con el que aquí utilizo dicho término) debe ser considerado como si fuera la “ley misma”, según la definición de Vélez Sarsfield en nuestro histórico Código Civil (ex art. 1197)<sup>(6)</sup>.

Se trata de una *norma particular*, de creación y efectos entre las *partes* (salvo excepciones), relativamente autónoma (aunque, como veremos, debe respetar las normas imperativas y, por supuesto, la Constitución Nacional), donde los “legisladores” no son otros que los mismos contratantes. Desde esta perspectiva, *el contrato es la norma más democrática que existe, ya que es creada solo por los interesados-parte y solo para regir para sí mismos*.

En definitiva, el proceso constituyente siempre tuvo como prioridad la conducta y capacidad jurídica de los ciudadanos para crear sus propias normas como un objetivo de interés social<sup>(7)</sup>.

(4) Así lo ha declarado (es también una garantía) nuestro constituyente en el art. 19 de la CN, inspirado en la pluma del presbítero Antonio María Sáenz, quien lo había incluido ya en el proyecto constitucional de la Sociedad Patriótica (1813) y fue recogido en diversos proyectos constitucionales hasta llegar a la vigente Constitución de 1853. Conviene recordar el texto del cit. art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Las “acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública” (vivir honestamente) no son solo las encapsuladas en el ámbito de la intimidad, sino todas las que implican relaciones entre sujetos (jurídicas o no). Estas se encuentran “exentas de la autoridad de los magistrados”, es decir, son creadas, cumplidas, eventualmente modificadas o rescindidas, por acuerdo de voluntades, sin intervención de los “magistrados” (las tres ramas del Gobierno) a menos que trasciendan de lo privado por ofender a la orden y moral pública. Así, un contrato de contenido inmoral, por ej., la “libra de carne” de Shylock (hoy esta “libra de carne” es el tráfico de niños, de mujeres, de inmigrantes, de drogas). También no dañar a un tercero (otro). Que, incluso, en el contexto del art. 19, puede ser una de las partes de la relación perjudicada por el incumplimiento del otro, violatorio también del principio de justicia expresado como “dar a cada uno lo suyo”. El cit. art. 19 nos evidencia un límite del Estado en su intervención, como lo señalara Sampay, Arturo Enrique, “La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional”, Ed. Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, pp. 27 y 28: “Obsérvese que cuando el artículo 19 de nuestra Constitución afirma la existencia de una moralidad intrínseca de las acciones libres de los hombres –moralidad, con la cual, lógicamente, debe coincidir la legalidad dictada por el poder político respecto de esos mismos actos–, descarta de plano la concepción totalitaria del Estado, definida por Hobbes en el siguiente párrafo: ‘la regla del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo honesto y deshonesto, son las leyes civiles y, por tanto, debe estimarse como bueno aquello que el legislador ha ordenado’. O sea, el Estado totalitario, que radicalmente disiente con nuestro precepto constitucional, es la organización política que somete a todo el ser humano al arbitrio absoluto del Estado, ya que niega una moral natural reglante de los actos humanos”.

(5) Cabe aclarar que los contratos en los que es parte un sujeto público se encuentran sometidos a un régimen jurídico distinto, cfr. Barra, Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento*, cit., Astrea y Ediciones Rap, Buenos Aires, 2018, & 90 y Barra, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, Tomo 1, && 43 y 44.

(6) Recordemos la excelente norma: “Art. 1197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

(7) Mercurio, Nicholas y Medena, Steven G., *Economics and the Law*, Second Edition, Princeton University Press, 2006, p. 197: “La economía política constitucional considera la elección política como un proceso de dos etapas. En la primera etapa, las reglas del juego son determinadas y aprobadas por unanimidad por los miembros de la sociedad. En la segunda etapa de elección, dentro del período, las decisiones políticas (democráticas directas, legislativas y burocráticas) se toman a la sombra de las reglas de la primera etapa. Si bien las reglas mismas se aprueban por consentimiento unánime en la etapa constitucional, bien pueden especificar algo menos que unanimidad en la etapa institucional/política, por razones discutidas anteriormente en nuestro examen de las reglas de votación. El fundamento de la unanimidad en la etapa constitucional es sencillo. La base contractual sobre la que se construye la economía política constitucional considera al individuo no sólo como la unidad básica de análisis sino también como la ‘ubicación del valor’ (...) Parece razonable esperar, entonces, que, dentro de tal contexto, ‘los individuos se vean conducidos, por su propia evaluación de perspectivas alternativas, a establecer por acuerdo unánime una colectividad o entidad política, encargada del desempeño de funciones específicas, incluyendo, en primer lugar, la prestación

Se trata, entonces, de acuerdos producto de la *autonomía de la voluntad de las partes*, que, en condiciones de “normalidad”, se encuentran “exentas de la autoridad de los magistrados”, como lo establece el cit. art. 19, CN, expresado también en los arts. 958 y 960 del CCC (reformados por los arts. 252 y 253 del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023).

Estamos frente a la ancha base de la pirámide normativa, como una especie de triángulo equilátero “aplastado”, o bien una pirámide cuya base es un ancho cuadrado. Este último es el sector de las *normas particulares o privadas*, que pululan en el sector privado del ordenamiento jurídico y que, multiplicadas en sus contenidos similares, *dan vida al mercado. Son el mercado*.

La buena salud de las normas privadas resulta la base y sentido de todo el ordenamiento jurídico que tiene como punto de partida la Constitución Nacional.

Claro que ninguna de estas normas particulares tendría sentido si no ocurriesen dentro del ordenamiento jurídico, el que, como vimos, posee, como elementos determinantes, a la autoridad o Gobierno y al Bien Común.

Del Gobierno nace la ley propiamente dicha<sup>(8)</sup> que, para los particulares, es de generación exógena y obligatoriedad heterónoma. Estas leyes gubernamentales pueden ser supletorias y dispositivas, o imperativas y de aplicación directa, siempre con relación a los particulares, como lo veremos a continuación.

Como regla general las normas legales (salvo la Constitución y ciertos tratados internacionales) son supletorias a la voluntad de las partes, aunque, por excepción, pueden contener mandatos imperativos, es decir, de aplicación obligatoria en las relaciones jurídicas a las que se refieran. Así lo prescribe textualmente el cit. art. 958, CCC: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva<sup>(9)</sup>”.

De tal manera, las normas imperativas gozan de jerarquía sobre las normas particulares, mientras que las normas supletorias exógenas se someten a estas. También esta jerarquía normativa se encuentra prevista en el CCC, conforme a lo dispuesto en su art. 963: “Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley es-

de los servicios del Estado protector o mínimo y, en segundo lugar, la posible provisión de servicios de consumo genuinamente colectivos (...) Si bien se supone que los individuos son maximizadores de la utilidad en la etapa constitucional de elección, se cree que la etapa constitucional canaliza mejor la acción egoísta hacia un beneficio social más amplio que el proceso de elección política durante el período (...). Como tal, “[e]l paso al nivel constitucional reduce la información del agente sobre sus propias circunstancias particulares, o sobre el impacto de la norma constitucional propuesta en su propia vida, y por lo tanto lo induce a optar por el conjunto de reglas que ofrece el mejor resultado cualquiera que sea la circunstancia particular en la que se encuentre en el nivel de elección dentro del período (...) La elección de reglas en lugar de resultados hace que la maximización sea mucho más incierta. Cuando los participantes en el proceso de elección constitucional toman decisiones sabiendo muy bien que cualquier resultado se aplicará por igual a todos ellos, tienen muchos menos incentivos para tratar de aferrarse a ganancias puramente distributivas de lo que uno podría observar en muchas otras situaciones estratégicas (...)”. Esta incertidumbre sobre cuál será la posición final de una persona después de la adopción de la Constitución tiene un efecto moderador que sugiere que la gente “tenderá a realizar acuerdos que podrían llamarse ‘justos’ en el sentido de que el patrón de resultados generados bajo tales serán ampliamente aceptables, independientemente de dónde se encuentre el participante en dichos resultados”.

(8) La ley, según Santo Tomás de Aquino, es “una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad”, *Suma Teológica* 1-2 q.90 a.4. Este concepto de “ley” alcanza a todas las normas exógenas y heterónomas: Constitución, tratados internacionales, decretos, reglamentos, actos administrativos. El movimiento constitucionalista, a partir de las revoluciones francesa y americana, y sobre todo desde “Marbury c/ Madison”, como lo hemos visto, asentó la regla según la cual la Constitución es una ley de superior jerarquía.

(9) Redacción según el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, art. 252. Esta norma, aunque no lo establece expresamente, deroga también el art. 962, CCC, interpretación que responde tanto a la repetición parcial de contenido entre las dos normas, como a la contradicción del art. 962, en cuanto admite la existencia implícita del carácter indisponible de una norma, lo que rechaza el nuevo texto del art. 958, siendo esta última la clara intención del legislador de excepción.

pecial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.

Cabe señalar que tal clasificación entre normas imperativas y normas dispositivas es propia del derecho privado, pero, salvo excepciones, no aplicable en el campo del derecho público. Mientras que en el primero la regla es la de la *autonomía de la voluntad* (ver art. 958, CCC cit.), en el derecho público la regla es la de la *sujeción imperativa a la ley* y, en su caso, al reglamento<sup>(10)</sup>, principios con inevitables efectos sobre los particulares en sus relaciones jurídicas con sujetos y órganos del sector público. Es decir, en *el derecho público la regla es la imperatividad* mientras que en *el derecho privado la regla es la disponibilidad*<sup>(11)</sup>.

### III. La justicia general, legal o del Bien Común

En cualquiera de los supuestos analizados más arriba la ley heterónoma (positiva o natural) es una expresión de la denominada “justicia general, legal o del Bien Común” (en adelante, “justicia general”).

Esta especie de la virtud de la justicia es la que adecúa nuestra conducta, de manera espontánea y habitual, a las exigencias del Bien Común. Se trata de una virtud o hábito de la voluntad que nos inclina a actuar, espontáneamente, sin dañar al Bien Común (por eso también recibe tal nombre) no solo en las relaciones intersubjetivas (jurídicas o no) sino en todos los actos humanos, aun cuando solo persigan el bien propio e individual del agente.

Este efecto espontáneo del bien particular sobre el Bien Común es resultado de una cualidad propia de la naturaleza humana, ya que el hombre es, a la vez, un ser individual y social. Como lo son el panadero, el cervecero, el carniceiro, a los que toma como personajes la “parábola” smithiana, quienes, no por benevolencia sino persiguiendo su propio interés, nos permiten tener nuestra cena esta noche<sup>(12)</sup>.

¿Dónde se encuentra la razón de este fenómeno?

Las razones son dos. La principal es aquella tendencia natural a obrar bien (vivir honestamente) que se encuentra impulsada por la virtud de la justicia general según la regla de la ley natural; la otra, que se le emparenta necesariamente, es el efecto de “externalidad” que poseen todas las acciones humanas, precisamente externas (porque hay panadero, carniceiro y cervecero a una distancia razonable de mi casa, puedo organizar esta noche un asado bien servido, sin perjuicio de mi propia inversión y trabajo; por ello puedo también invertir en un restaurante, o en una verdulería). Claro que también puedo hacerlo por las externalidades que podemos denominar “públicas”: seguridad, sanidad, servicios públicos, etc.

Estamos así en presencia de una virtud (hábito bueno, espontáneo) que es *general*, en tanto alcanza e influye sobre todas nuestras acciones externas orientándolas o dándonos conformidad con el Bien Común<sup>(13)</sup> sin necesidad

(10) Así los clásicos principios de la “inderogabilidad singular del reglamento” y de la “Administración de legalidad” o “Administración sometida a la ley”. Ampliar en Barra, Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento*, Astrea y Ediciones Rap, Buenos Aires, 2018, Tomo 1, Capítulo III, La Regulación Administrativa, pp. 111 y ss.; y en Barra, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 2002.

(11) La razón de ser de la imperatividad de las normas de derecho público se encuentra en el principio de la *competencia*, que es expresa y de ejercicio obligatorio, sin perjuicio de los matices admitidos en la actuación discrecional. La competencia de los órganos superiores de la Constitución –las tres ramas del Gobierno– tiene estas mismas características, sin perjuicio de la amplia discrecionalidad política de que están dotados el Congreso y el Poder Ejecutivo. Sobre el particular, ampliar en Barra, Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento*, Astrea y Ediciones Rap, Buenos Aires, 2018, Tomo 1, Capítulo III La Regulación Administrativa, pp. 111 y ss.; y Barra, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 2002.

(12) De Pablo, Juan Carlos, *Argentina 2024-2027. El desafío económico del próximo gobierno*, Sudamericana, 2023, p. 86: “Porque, como principio general, el bienestar humano aumenta cuando tiene a su disposición mayor cantidad de bienes; por que cualquiera que pretende vivir comiendo más, vistiendo mejor, viajando por el país o el mundo, no lo hace a costa de terceros, sino que lo logra (...) solucionándole algún problema a otro ser humano; porque los emprendedores, si no avizoran un horizonte de crecimiento, migran a otros países donde sí existe, y no resulta fácil hacer funcionar una economía sin ellos, y porque, aunque a tasas decrecientes, la población sigue aumentando y, por consiguiente, el mero mantenimiento del PBI por habitante, requiere que aumente el PBI total”.

(13) De aquí el nombre de “Justicia general o de Bien Común”, también denominada “Legal”, por cuanto la medida de la prestación es determinada por la voluntad del legislador. Recordemos que tres son los elementos de la virtud de la justicia: lo debido como objeto, el otro como término y la igualdad como medida.

de que el agente se proponga de manera consciente tal resultado. Es un efecto espontáneo, guiado por una suerte de “mano invisible” que no es otra cosa que la misma ley de la naturaleza humana.

Cuando, como en la casi totalidad de los casos, la acción externa requiere de la colaboración de un tercero, de “otro”, aparecerá la convención o contrato, es decir, una relación jurídica sometida a la virtud particular de la justicia conmutativa o distributiva, según el tipo de bien que predominantemente se encuentre en juego en dicha relación<sup>(14)</sup>.

Aun así, la acción de los contratantes (legisladores particulares) precisa del ordenamiento jurídico, y este precisa del Gobierno o Autoridad –el legislador general heterónimo– para que, por medio de la “ley” en el sentido tomista (ver nota 8), dé vida a instituciones (por ej., la judicatura, la policía de seguridad, el marco económico y tributario, etc.) y a normas supletorias con respecto a las de creación particular y dispositivas para las partes que, en definitiva, como el oxígeno para la vida humana, otorgue sustentabilidad al “medio ambiente” de cada uno de los contratos o “leyes” particulares (de las partes; ver supra, numeral I).

Estas normas, aun supletorias, son también, en su creación, expresión de la justicia “General o del Bien Común”, aunque las partes, de adoptarlas, las integran a su relación conmutativa.

### IV. Las normas imperativas

Pero hay situaciones en las que el “legislador heterónimo” (la Autoridad o Gobierno o Centro de Poder del ordenamiento jurídico) considera (ejerciendo la virtud de la prudencia, clave de las decisiones políticas y del buen gobierno) que determinadas conductas tienen o son susceptibles de tener *efectos directos e inmediatos sobre el Bien Común*<sup>(15)</sup>. En estos casos, el legislador heterónimo promulga *normas de carácter imperativo*, cuya aplicación no está sujeta a la voluntad de las partes en la relación jurídica, o incluso en el comportamiento individual (por ej., algunas normas de policía del tránsito vehicular). Son estas normas de cumplimiento obligatorio, que podemos denominar “imperativas” o “de orden público”, de trascendente efecto en el sistema económico de los distintos ordenamientos jurídicos<sup>(16)</sup>.

En una sociedad libre, estas normas imperativas no pueden sino ser *excepcionales y de interpretación restrictiva* (en los supuestos de duda, se debe interpretar en favor de la libertad; ver art. 958 CCC), ya que, en cualquier caso y cualquiera sea la profundidad o intensidad de su contenido, suponen una afectación de la autonomía de

(14) Ver Barra, Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamento*, Astrea y Ediciones Rap, Buenos Aires, 2018.

(15) Mientras que, conforme lo hemos visto en el numeral II, todas las conductas exteriores humanas producen efectos indirectos e inmediatos sobre el Bien Común. Pero en algunos casos, que varían conforme con las circunstancias de tiempo y de lugar, tales efectos sobre el Bien Común son directos e inmediatos, tal como lo veremos en el presente numeral. En estas hipótesis, aparecerán las “buenas razones” para la intervención gubernamental (justicia general, legal o del Bien Común), a las que se refieren Samuelson, Paul; Nordhaus, William y Pérez Enri, Daniel, *Economía*, Mc Graw Hill, Buenos Aires, 2005, p. 16: “Un objetivo económico fundamental del Estado es contribuir a la asignación socialmente deseable de los recursos. Se trata del aspecto microeconómico de la política económica, que centra la atención en el qué y el cómo de la vida económica. La política microeconómica varía de un país a otro de acuerdo con las costumbres y las ideas políticas. Unos países ponen énfasis en un enfoque no intervencionista basado en el *laissez-faire* y en dejar la mayoría de las decisiones al mercado. Otros se inclinan por una intensa regulación pública o, incluso, por la propiedad de las empresas; en este caso, son los planificadores gubernamentales quienes toman las decisiones de producción (...) Nuestra economía es fundamentalmente una economía de mercado. En temas relacionados con la microeconomía, la mayoría de nosotros presuponemos que el mercado resolverá el problema económico en cuestión. Pero algunas veces existen buenas razones para que el gobierno prescinda de las decisiones de la oferta y la demanda de mercado con respecto a la asignación”.

(16) Así lo expresa Sunstein, Cass R., *El futuro del Gobierno*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, p. 43: “Una economía de mercado no puede existir sin las normas en materia de contratos y de propiedad privada, y menos aún sin las normas penales. Estas normas constituyen una forma de regulación. Se aprueban y se aplican por autoridades públicas. No puede haber libre mercado sin normas que regulen el tráfico jurídico. Tal y como proclamó Friedrich Hayek, quizá el mayor crítico del socialismo y del intervencionismo estatal, en ningún sistema que pueda ser defendido racionalmente el Estado deberá inhibirse por completo. Un eficaz sistema de competencia necesita, tanto como cualquier otro, una estructura legal inteligentemente trazada y ajustada continuamente”.

la voluntad de los particulares<sup>(17)</sup>. Notemos que, bajo la excusa de la regulación imperativa, sería perfectamente posible trasladar –al menos en los sectores esenciales de la actividad privada, es decir, de la Sociedad– el ámbito decisional de los individuos al Gobierno, estableciendo el socialismo ya no solo de hecho sino de derecho.

Obviamente, cuanto mayor regulación imperativa (claro que innecesaria) menor racionalidad económica y menor libertad<sup>(18)</sup>.

Cabe insistir que estas normas imperativas (no importa su jerarquía) son también inspiradas –y exigidas– por la justicia general, como todas las otras normas legales y, en definitiva, como todas las otras normas que inciden sobre la conducta, incluso en el “fuero interno”, a través de la ley natural inscripta o promulgada en la misma razón humana.

## V. El costo de los derechos<sup>(19)</sup>

Ciertamente, la preservación del ordenamiento jurídico –que es también la preservación de la paz, la que, a su vez, es fruto de la justicia– tiene un costo. Se trata de un costo tanto económico como jurídico. Comencemos por este último partiendo de un claro axioma: la generalidad de las normas –ya sean heterónomas o autónomas– adjudican ciertos derechos (un bien propio exigible de otro) y, a la vez, restringen otros, ya solo para un sujeto o para todos los sujetos alcanzados<sup>(20)</sup>.

Frente a aquel inevitable fenómeno, los ordenamientos jurídicos en general han seguido la que podemos denominar *regla de la proporcionalidad*, que sintéticamente exige<sup>(21)</sup>: a) que exista un interés sustancial del Gobierno en llevar a cabo la acción (positiva o negativa) que busca imponer mediante la norma imperativa; b) que para cumplir con tal interés resulte necesaria la restricción de un derecho; c) que además de necesaria la restricción resulte inevitable, es decir, que no exista otra vía para cumplir con el interés gubernamental sustancial que aquella que provoca la restricción del derecho, u otra en la que la restricción provocada resulte menor.

Recordemos que nuestra Constitución Nacional enfrenta la cuestión en dos pasos.

Por el primero se afirma, art. 14, que todos los derechos que allí se enumeran –como también en otras normas constitucionales y los que, aun no “enumerados”, “nacieron del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33)– se “gozan (...) conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Como segundo paso, el art. 28 declara que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores

artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Es decir, la norma reglamentaria del ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución podrá incidir en el *modo de existir del derecho*, en sus “accidentes”, pero *sin importar una mutación en la sustancia o esencia de tal derecho*. Mucho menos, claro está, una extinción práctica, implícita o expresa del derecho de que se trate<sup>(22)</sup>.

Así entonces, la reglamentación podrá incidir sobre el *ejercicio* del derecho, en sus elementos o accidentes de tiempo, modo y lugar, pero no en su sustancia, es decir, en el derecho en sí mismo. Esta limitación pesa tanto sobre la misma reglamentación como sobre sus efectos, los que no pueden ser tales que, en general o bien para el caso concreto, por la profundidad de la incidencia sobre un elemento accidental –por ejemplo: el tiempo–, implique, en la práctica, la destrucción del derecho en su sustancia.

Lo expuesto hasta el presente enfrenta principalmente la situación individual del sujeto y sus derechos. Pero sin que este punto pierda trascendencia, también se presenta, en este difícil equilibrio entre la reglamentación y sus límites (los derechos), el problema del *costo económico, social y político de tales regulaciones*.

Centrémonos aquí en el costo económico de la regulación, tanto imperativa como dispositiva, ya que aun en este supuesto los individuos tenderán a aplicarla en sus relaciones particulares.

Por ejemplo: una norma imperativa regulatoria del tránsito vehicular produce beneficios económicos (ahorro en atención sanitaria por disminución de accidentes, ahorro en reparaciones, en horas perdidas) pero podrá tener también costos, por ejemplo, mayor consumo de combustible y tiempo de traslado, mayor contaminación ambiental, etc.

El plazo de prescripción de las acciones por cobro de dinero, el régimen sucesorio, suponen costos y beneficios importantes para la economía en general. Lo mismo ocurre con la legalización del matrimonio homosexual (es distinto el comportamiento económico de una persona soltera que el de otra casada), o la eliminación del carácter imperativo de la sociedad conyugal.

¿Todas las normas tienen incidencia económica, como costo y beneficio? En mayor o menor grado, todas la tienen, aunque los juristas no siempre nos hayamos detenido en considerarlo<sup>(23)</sup>.

Si alguien hurta algo que vale en el mercado legal \$ 50.000 para venderlo en el mercado “negro” a \$ 10.000 ha perjudicado al propietario en el valor total del bien, restándole capacidad financiera para emprender otras transacciones comerciales; también disminuye la capacidad tributaria de aquel (ganancias, bienes personales, además del IVA) en perjuicio del Estado (consideremos en la suma total de 15.000). Como el bien sustraído solo podrá ser comercializado en el mercado ilegal, la pérdida de su valor como activo legítimo será, además, permanente. Se produce así un daño en la economía por valor, supongamos, de entre 50.000 y 80.000 (por imposibilitar futuras transacciones legales, y por tanto sujetas a tributo)<sup>(24)</sup>.

Si el delincuente es atrapado podemos suponer dos alternativas: en la primera, el bien es recuperado (imagínese que sin deterioro) y devuelto a su propietario; en la segunda, en cambio, el bien no puede recuperarse (o se

[17] “Es cierto que la coerción es indispensable para prevenir una serie de fallas graves del mercado y, en forma de impuestos, para financiar las medidas coercitivas necesarias para prevenir esas fallas del mercado (...). Gran parte del análisis económico del derecho está dirigido a sugerir formas de regulación que ‘imiten al mercado’ para hacer frente a los monopolios, las externalidades y otras condiciones que impiden que el mercado funcione bien porque no es factible contractarlas”; Posner, Richard A., *Frontiers of legal theory*, Harvard University Press, 2001, p. 99.

[18] Sunstein, *El futuro...*, ob. cit., p. 23: “Incluso podemos sumar el concepto de simplificación como herramienta del constante análisis en la ‘cabina de mando’ de una Administración Pública: Hay otra posible interpretación para la noción de simplificación en la que tendrían cabida las funciones actualmente asignadas al gobierno. En virtud de esta interpretación lo que necesitamos son menos reglas y más criterio individual. He aquí la demanda fundamental: el gobierno se pasa demasiado tiempo diciéndole a la gente lo que tiene que hacer y cómo debe hacerlo. Impone notables restricciones a los colegios, los profesores, los hospitales y los empresarios, con un nivel de detalle absurdo, en lugar de describir un objetivo general y permitir que las personas empleen su creatividad e iniciativa para cumplirlo. En pocas palabras: menos regulación y más sentido común”.

[19] Tomo prestado el título de Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

[20] Naturalmente lo expuesto en el texto, sin ser desacertado en términos generales, es una simplificación de lo que ocurre en la realidad: la norma de policía que fija una determinada orientación del tránsito vehicular, confiere un derecho al tránsito más seguro y rápido a quien va en tal dirección establecida, pero restringe el derecho de quien desea ir en la dirección contraria, quizás quitándole una ventaja de comodidad, o también económica. Precisamente el costo económico de esta regulación también debe ser considerado, lo que haremos más abajo. También tienen costo económico las normas heterónomas supletorias, en la medida que sean adoptadas por los particulares. Por supuesto lo mismo ocurre en el caso de las normas autónomas (contratos). Toda norma jurídica supone un costo (económico, de derechos, etc.), y así su racionalidad depende de que los beneficios que produzca resulten superiores a tales costos.

[21] Ampliar en Barra, *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, tomo 2, & 135, con citas de doctrina y jurisprudencia.

[22] Esta cuestión, aunque con relación a las restricciones frente a situaciones de emergencia, fue expresamente tratada por la Corte Suprema de Justicia en “Luis Arcentio Peralta y otro v. Nación Argentina (Ministerio de Economía - BCRA)”, Fallos: 313:1513.

[23] Advierte Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Aspen, 2014, edición Kindle, página 3, que a “la mayoría de los estudiantes de derecho –incluso los muy brillantes– les resulta dificultoso conectar los principios económicos con los concretos problemas legales”. Es precisamente Posner uno de los mayores impulsores de la que ya probablemente deba ser considerada como una escuela jurídica, la denominada “Law and Economics”.

[24] Similar ejercicio nos propone Sunstein: “Supongamos que los beneficios en términos monetarios de una norma de seguridad alimentaria son de 200 millones de dólares, mientras que los costos son de 300 millones. ¿Está claro que no debe aprobarse la norma?, ¿no tenemos que saber lo que representan exactamente esas cifras?, ¿los 200 millones de beneficios representan dinero estrictamente en forma de ahorro para los consumidores?, ¿o son un intento de expresar en términos monetarios las vidas salvadas o las enfermedades evitadas?, ¿y quién recibiría esos beneficios y asumiría esos costos?, ¿sería mejor para los niños?, ¿sería peor para los grandes productores de alimentos? Del mismo modo, supongamos que los beneficios en términos monetarios de una norma de seguridad alimentaria son de 300 millones de dólares y los costos son de 200 millones. ¿Está claro que debe aprobarse la norma?” (Sunstein, Cass R., *Más Simple. El futuro del Gobierno*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, p. 171).

lo hace, pero con un grado importante de deterioro) y el delincuente es insolvente.

Como es obvio, la detención y juzgamiento del delincuente tiene un costo. Pensemos en 100.000 entre investigación (incluyendo la movilización policial) y el proceso judicial (Juez; Fiscal; Defensor Oficial, perito, sistema penitenciario; traslados del detenido, empleados). De esta manera, aun recuperando lo hurtado, la economía general perderá por lo menos 20.000 (100.000-80.000) mientras que el propietario (en principio) no sufrirá pérdidas. Si, en cambio, no se recupera el bien, la economía general perderá 180.000 y la víctima será 50.000 unidades más pobre que antes del delito. Parecería que más valdría indemnizar a la víctima que perseguir al delincuente.

Situaciones como la descripta han llevado a despenalizar ciertos delitos menores, o bien a someterlos a un sistema procesal abreviado, y por tanto con menor costo de aplicación. Pero como contraposición, habría que considerar el ahorro que significaría para la economía general el tener al delincuente (suponiendo que no es ocasional) tras las rejas: si este incurriera, por ejemplo, en cuatro hurtos anuales por valores de 50.000 cada uno, estaría dañando a dicha economía general, en el mejor de los casos, por valor de 320.000 (80.000 x 4), de manera que, al menos en esta hipótesis (recupero del bien en todos los casos), su prisión acarrearía más beneficios que costos (ahorro de 220.000: 320.000-100.000).

Los cálculos anteriores nos llevarían a concluir que toda comisión de un delito contra la propiedad, aun tratándose de una bagatela, debería ser juzgada y castigada. Pero también debemos tener en cuenta otra regla económica muy importante, que es el *costo de oportunidad*<sup>(25)</sup>, el que es un “precio alternativo”, que se incurre solo cuando a alguien (o el sujeto a sí mismo) se le niega el uso de algún bien frente al uso de otro. “El principal costo de la educación universitaria –ejemplifica Posner– no es el arancel; son los ingresos renunciados que el estudiante hubiese obtenido de trabajar en lugar de concurrir a la facultad”<sup>(26)</sup>.

En el ejemplo penal que hemos utilizado en los párrafos anteriores, el costo de oportunidad puede ser muy grande. Podría llevarnos a pensar que el “Tesoro Nacional” (art. 4º, CN) no debería ser utilizado en su 100 % en atender el sistema de justicia criminal, lo que importaría un costo de oportunidad altísimo al dejar de prestar no solo otros “servicios” de justicia (en sentido orgánico) sino los que requieren otros gastos presupuestarios.

## VI. El costo de la regulación económica

Si bien los derechos (fundamentales) no tienen costo, ya que pertenecen al hombre debido a su propia dignidad, al hombre por ser hombre<sup>(27)</sup>, el *ejercicio* de los derechos normalmente tiene costo, directo o indirecto.

Partamos del principio (que es desde donde se debe partir normalmente). Es imposible pensar en el ejercicio de los derechos fundamentales fuera de la “comunidad organizada”, es decir, la “*polis*” u ordenamiento jurídico/político, cualquiera fuere la forma política que su “centro de poder”<sup>(28)</sup> haya adoptado en el tiempo histórico<sup>(29)</sup>. Es viejo, pero siempre vigente, el ejemplo de Robinson Crusoe en la isla inhabitada: hasta la llegada del indio Viernes, ¿ante quién ejercería Robinson sus derechos fundamentales?

(25) Posner, *Economic Analysis...*, pp. 6 y ss.

(26) El aire que respiramos no tiene costo de oportunidad, porque en cualquier caso respirarán el sujeto y los terceros. El problema del costo desproporcionado o irrazonable es también materia de preocupación legislativa. Así, por ejemplo, el texto del art. 70 del proyecto de “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”: “Facúltase al Poder Ejecutivo nacional, por el plazo previsto en el artículo 1º, a disponer la derogación o modificación de regulaciones sobre la actividad económica privada que importen un incremento de sus costos, limiten el ejercicio de la autonomía de la voluntad o provoquen la escasez de bienes y servicios sin justificación de interés público suficiente. Ello, con el objeto de facilitar la mayor eficiencia y eficacia en el ámbito alcanzado por la regulación de que se trate. El Poder Ejecutivo deberá justificar estos extremos de forma suficiente”.

(27) Ver la Declaración *Dignitas infinita* emanada del Dicasterio para la Doctrina de la Fe, de fecha 8 de abril de 2024, aprobada por el Papa Francisco ([www.vaticano.va](http://www.vaticano.va)).

(28) Ver Barra, R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, tomo 1, capítulo primero.

(29) Ya sea *pater familiae*, jefe de la tribu, rey emperador, señor feudal, Papa-rey, Estado nacional contemporáneo, supraestado regional (Unión Europea). Quizás, en un futuro no muy lejano, supraestado mundial. Antes del tiempo histórico (aquel del que podemos contar con “documentación”: objetos, diseños, escrituras) podemos imaginar al jefe del clan, una especie de “macho alfa” actuando como centro de poder del ordenamiento.

Es imposible la existencia de la comunidad organizada sin Gobierno (centro de poder del ordenamiento jurídico). Y, claro, el Gobierno cuesta. Aun el soñado por los revolucionarios americanos y franceses de fines del siglo XVIII –aquel cuya única razón de existir es la protección de nuestros derechos a la vida, a la propiedad y a la libertad– tiene un enorme costo. Tribunales, seguridad, fuerzas armadas, burocracia, ¿debemos agregar salubridad y educación? Seguramente sí, aun para los más “mini estatistas”. ¿Y fomento? También, así se encuentra en el original art. 67 de la Constitución de 1853 (hoy art. 75.18, con el agregado del inc. 19, además del Preámbulo: “promover el bienestar general”). Se trata de los “gastos de la Nación” que se solventan “con los fondos del Tesoro Nacional” formado principalmente por tributos (art. 4º, CN).

Pero hay un costo especial, muy significativo, generado por el denominado “Estado-regulador”, o “Estado-administrativo”: el costo de la regulación económica y de los servicios públicos, es decir, de las actividades económicas (para distinguirlas de las actividades “políticas/administrativas”, como ministerios, legislaturas, burocracia, defensa, seguridad, etc.) ajenas total (servicio público, en su núcleo básico<sup>(30)</sup>) o parcialmente (regulación económica) del mercado<sup>(31)</sup>.

Dejemos de lado el servicio público para detenernos en la regulación económica, entendida esta, en un sentido amplio, como *toda disposición normativa heterónoma imperativa destinada a incidir en el proceso productivo y/o decisorio de un sujeto privado, incluyendo las relaciones jurídicas de las que aquellos procesos se sirven*.

No nos interesa por ahora el que tal o cual regulación sea acertada o desacertada<sup>(32)</sup>, tanto con respecto a la regulación en sí misma como con referencia al fin que ellas persiguen. Por el contrario, solo vamos a considerar aquí el problema de su costo y beneficio.

Una regulación importante para la seguridad vial, en definitiva, la vida y salud de los individuos, ha sido (se trata de un ejemplo clásico en la doctrina) la que obliga al uso del cinturón de seguridad en los automotores, lo que supone la obligación, para los fabricantes, de instalar tal accesorio en todos sus productos. Mayor costo de producción, mayor precio de venta, con incidencia en los costos de otros sectores de la economía: quienes usan el vehículo como medio asociado a la producción: camiones, vehículos de alquiler, etc. Sus propietarios, a la vez, tenderán a aumentar los precios de sus servicios y así seguirá la cadena, incluyendo a los profesionales (abogados, médicos y en general todos los usuarios de automotores, para producción o placer). Claro que también habrá beneficios económicos: en lo inmediato, el movimiento económico que alcanza a todos los involucrados con la fabricación del accesorio, o de las maquinarias destinadas a fabricarlos, entre otros (debemos considerar también los ingresos tributarios). Sin perjuicio del ahorro en gastos médicos.

Tomada aisladamente, esta regulación es inflacionaria por poner mayor cantidad de dinero en circulación, aunque este efecto puede ser neutralizado por la mayor cantidad de bienes en el mercado.

El anterior es un ejemplo de regulaciones que podemos llamar “protectivas/productivas”, como las que tienden a proteger el medio ambiente, que también producen aumentos de costos sobre el productor incidido, aunque, como en el caso anterior, con otros efectos económicos beneficiosos (además de los ambientales perseguidos).

Pero también existen regulaciones que solo son “protectivas”, sin perjuicio del costo que provocan para la economía en general. Así, siempre a título de ejemplo, el caso de los alquileres de inmuebles, que en nuestro país se encontraron regulados, total o parcialmente, durante larguísimo períodos de tiempo. Efectos: baja en el costo del locatario, pero también retracción de oferta en el mercado,

(30) Sobre el servicio público, ver Barra, “Servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, El Derecho, junio, 2023 - Número 6, ED-IV-DXVI-709.

(31) Ver Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Capítulos III y IV. Entendemos por “mercado” la multiplicidad conocida de relaciones jurídicas contractuales sustancialmente similares en su objeto. Se trata, por supuesto, de relaciones jurídicas donde rige la autonomía de la voluntad de las partes, constitutivas de normas particulares autónomas, de manera que el dato del mercado (por ej., el precio) es solo información y no imposición, aunque normalmente será una información seguida por las partes dentro de un rango máximo y mínimo.

(32) Acertadas o desacertadas como términos que incluyen la adecuación, conveniencia, oportunidad, proporcionalidad, en general, aptitud para obtener el fin querido, con eficacia (lograr el resultado) y eficiencia (costos en la obtención sobre el beneficio obtenido).

baja en la industria de la construcción, desvalorización de los inmuebles alquilados<sup>(33)</sup>.

## VII. La desregulación

Por “desregulación” (en el caso, económica) cabe entender la eliminación de las regulaciones imperativas que inciden sobre la producción y distribución de los bienes, y así dejar a estos procesos librados a la libre voluntad de las partes, es decir, a las regulaciones particulares (de las partes) autónomas.

Si toda regulación fuese mala, toda desregulación sería buena. Claro que la realidad no siempre es tan simple, ya que no todas las regulaciones imperativas son malas, como no ha sido mala aquella que utilizamos como ejemplo, por la que se impuso el uso del cinturón de seguridad en toda clase de automotores.

Estamos ante el análisis del costo-beneficio económico (podemos llamarlo “costo/beneficio estricto”), el que no podrá prescindir del análisis del costo-beneficio social y político, o “costo/beneficio expansivo”. Pero se presenta también un tercer costo, al que llamaremos “costo de cooptación”.

Comencemos por este último. Las regulaciones no siempre son inocentes. Puede ocurrir que la agencia encargada de aplicar la regulación, y muchas veces crearla o ampliarla, se encuentre cooptadas por algún grupo de interés (empresa, sectores políticos o culturales, según el caso). En estas condiciones, la regulación no solo se comportará como un limitador de la competencia (lo que de por sí conlleva un enorme costo económico expansivo) sino que, casi inevitablemente, generará mayores costos sin beneficios (salvo para el “cooptante”).

Tengamos presente, por otra parte, que el peligro de cooptación es mayor cuanto más débil sea el Estado, debilidad que es notable en los sistemas populistas de las naciones en vías de desarrollo (Estado gordo y fofo). También advertimos que esta situación no solo se produce por corrupción, sino por acostumbramiento, por la cercanía natural, una suerte de simbiosis que se produce entre el regulador y el regulado generada por el trato frecuente durante largo tiempo.

Si bien la situación de cooptación no necesariamente ocurrirá en la práctica, el costo/beneficio “expansivo” de la regulación sucederá inevitablemente. Toda regulación económica tiene efectos de “externalidad” –un efecto sobre el sujeto causado por una condición o circunstancia sobre cuya producción el sujeto es ajeno– más o menos cercana o lejana, para el conjunto de la economía e, incluso, para la totalidad de las actividades económicas consideradas individualmente. La externalidad puede ser positiva o negativa tanto en sí misma como con relación a sujetos determinados, a la vez que tales efectos (considerando a la externalidad en un sentido amplio) pueden ser no solo económicos sino también sociales y políticos<sup>(34)</sup>.

La consideración del costo/beneficio “expansivo” es tan trascendente como la que se refiere al costo/beneficio “estricto”, esto es, el que se centra en la actividad a la que la regulación se dirige, tanto que normalmente deben considerarse en conjunto.

Así, por ejemplo: ¿debe liberalizarse el consumo de drogas tóxicas considerando el costo que tiene la persecución penal a los traficantes y narcoterroristas? De producirse tal liberalización prácticamente desaparecería ese costo (restaría solo un pequeño porcentaje destinado a perseguir al tráfico “negro” mayormente motivado por la evasión de impuestos) a la vez que se producirían ingresos fiscales importantes (impuesto a las ganancias, IVA), pudiéndose suponer que el costo médico de atención a los drogadependientes se mantendría constante.

Sin embargo (partiendo de la base científica del grave daño a la salud que provoca el consumo de drogas, amén de peligrosidad social), todos los ordenamientos jurídicos conservan la prohibición de su tráfico, por respeto, al menos en nuestro caso, al “orden y a la moral pública”, tal como lo contempla el ya citado art. 19, CN<sup>(35)</sup>. En este

supuesto, aun reconociendo que se trata de un tema controvertido, predomina la relación “costo/beneficio expansivo” sobre el “costo/beneficio estricto”.

En un ordenamiento jurídico/político donde sobresalga el valor libertad, las regulaciones imperativas heterónomas deben ser, como ya vimos, excepcionales y de interpretación restrictiva, lo que no quiere decir, por supuesto, que no deban existir.

Es cierto que el que yo pueda disfrutar esta noche de un rico asado no depende de la benevolencia del carnicero. Depende sustancialmente de su voluntad de perseguir el lucro personal a través de una actividad por la que tiene vocación y decisión de asumir los riesgos del negocio. Pero también depende de su “benevolencia”, considerándola en este caso como la predisposición espontánea de cumplir con sus obligaciones –justicia general– y también de la presencia de la autoridad para garantizar, a través de la regulación imperativa de policía sanitaria, que aquella actividad lucrativa no genere perjuicios a la salud pública.

Claro que tal regulación es una cosa, pero otra sería, por ejemplo, que se exija que la expresión “carnicería” en las vidrieras del local sea con tal tipo y color de letra, que el carnicero esté acompañado por un experto sanitario en la materia, matriculado en tal o cual agencia estatal, etc. Es la distancia que separa lo razonable de lo irrazonable, lo adecuado de lo inadecuado, lo proporcionado de lo desproporcionado. Por supuesto que los costos generados por lo irrazonable, inadecuado, desproporcionado, siempre serán mayores que los beneficios. Muchas veces desproporcionadamente mayores (ver el caso de la ley 26.737 en el siguiente párrafo)<sup>(36)</sup>.

Y, sin lugar a duda, la regulación debe obedecer a criterios rectores que la ordenen y permitan su fácil comprensión por parte de los ciudadanos. De lo contrario, la irrazonabilidad de la norma de justicia general también podría ser planteada<sup>(37)</sup>.

## VIII. La desregulación como vuelta a la racionalidad<sup>(38)</sup>

La regulación irracional normalmente oculta un beneficio indebido (frente a los costos sociales que puede acarrear) para algún individuo o grupo de interés que coopta al regulador, ya sea el autor de la norma como de la agencia encargada de aplicarla, o a ambos. Muchas veces se origina con la finalidad de producir trascendentes beneficios para los “cooptadores”, aunque otras (y no pocas) por

(36) “Los capitalistas lo saben y por eso tienden a no invertir allí donde el riesgo político es excesivo, como ocurre en algunas de las nuevas democracias de Europa oriental. Su problema no es el exceso de gobierno, sino la falta de éste. Cuando el gobierno es incoherente, incompetente e impredecible, los actores económicos no piensan en el futuro lejano. A falta de ley y orden lo que prospera no es la libre empresa sino el capitalismo de los ladrones, el dominio de los violentos y los inescrupulosos”; Sunstein, Cass R. y Holmes, Stephen, *El costo de los derechos*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2015, p. 94.

(37) “Un problema particular que hace todavía más urgente el proyecto de simplificación es que las agencias imponen obligaciones muy onerosas que se acumulan sobre el sector privado. Las exigencias pueden parecer razonables si se analizan de forma individual, pero tomadas en conjunto pueden resultar redundantes, incoherentes, superpuestas, profundamente frustrantes e incluso enloquecedoras (por usar el término técnico). De hecho, puede que el problema de la acumulación de cargas fuera la queja más repetida durante mi periodo en el gobierno. La gente me preguntaba por qué las agencias no se coordinaban entre sí, por qué no simplificaban las duplicidades [...]”. Sunstein, *Más Simple...*, p. 191. Incluso esta es la visión actual de economistas sobre nuestro país: “En su enorme mayoría, en la Argentina, los empresarios viven ‘atajando penales’ o [...] tan ocupados que no siempre les queda tiempo para trabajar. Por razones de supervivencia, no tienen más remedio que gastar una notable cantidad de energías, propias y las de sus gerentes y jefes, interpretando las normas impositivas y aduaneras, las restricciones cambiarias, los incumplimientos entre los propios integrantes del sector privado. Lo del ‘costo argentino’ no es chiste y resulta cuantitativamente importante, no solo en costos mensurables, sino en frustraciones, nervios, preocupaciones”. De Pablo, Juan Carlos, *Argentina 2024-2027. El desafío económico del próximo gobierno*, Sudamericana, 2023, p. 86.

(38) “Los economistas han estudiado los efectos de la regulación para sopesar sus costos y sus beneficios. La regulación puede tanto aumentar como reducir la eficiencia (por ejemplo, cuando se frenan los niveles ineficientemente elevados de contaminación) y redistribuir la renta (por ejemplo, cuando los elevados precios del transporte por ruta redistribuyen la renta de los consumidores en favor de los camioneros). La mayoría de los estudios sobre el tema parecen indicar que los principales efectos de la regulación económica son las pérdidas de eficiencia y una gran cantidad de redistribución de la renta. Las consecuencias de la regulación social son ambiguas; en algunos casos, ha sido muy beneficiosa, y en otros, ha tenido grandes costos y escasos beneficios”. Samuelson, Paul S.; Nordhaus, William D. y Pérez Enri, Daniel, *Economía*, Mc Graw Hill, Buenos Aires, 2005.

(33) La desregulación establecida para ese mercado en el DNU 70/23 llevó la oferta de viviendas para alquilar en la Ciudad de Buenos Aires de 486 al 29/12/2023 a casi 13.000 a fin de febrero de 2024, con disminución de los precios promedios.

(34) Por ejemplo, una regulación que establezca una tasa administrativa a la celebración de cultos religiosos, su prohibición en días laborales, etc.

(35) Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola”, Fallos: 332:1963 de 2009.

mera irracionalidad ideológica (lo que no quita que haya algún interés económico escondido).

Veamos un ejemplo que es casi un paradigma de inconstitucionalidad de la ley por su irracionalidad o falta de proporcionalidad. Tal es el caso de la ley 26.737, llamada por el mismo legislador “Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales”, cuyo art. 1º la declara “de orden público” (es decir, una regulación imperativa)<sup>(39)</sup>. La finalidad de la ley es, entonces, proteger el “dominio nacional”, un término un tanto ambiguo, aunque del texto de la ley resulta claramente que lo que se busca proteger es el dominio de la tierra rural por personas físicas o jurídicas de nacionalidad argentina, en las condiciones fijadas por la misma ley 26.737 y así, entonces, “regular, respecto de las personas físicas y jurídicas *extranjeras*, los límites a la titularidad y posesión de tierras rurales, cualquiera sea su destino de uso o producción” (art. 2º, b). Por lo tanto, la ley, a los efectos de los derechos de propiedad sobre inmuebles rurales, realiza una distinción entre nacionales (a los que se supone quiere proteger) y extranjeros (de los que se los querría proteger). A estos últimos se les imponen límites: no pueden adquirir, a partir de la vigencia de la norma y sin perjuicio de lo que con anterioridad a ella pudiesen poseer, más de 1000 ha. Es decir, que mientras un argentino puede ser propietario de cualquier extensión de tierras rurales, un extranjero se ve limitado a 1000 ha, lo que en algunos casos puede ser una extensión insuficiente desde el punto de vista productivo.

Sometamos a la ley de marras al test propuesto en el párrafo anterior. La primera pregunta no se puede responder en forma simple, es la razón por la cual la ley, a pesar del nombre que se le ha dado, no identifica con claridad el interés gubernamental sustancial perseguido. Dada aquella denominación, resulta que lo que se buscaría proteger es el “dominio nacional”, esto es un derecho real (el *dominio*) sobre inmuebles rurales de titularidad de sujetos nacionales, a los que, aunque la ley nos los identifica, deben entenderse así por contraposición a la calificación de extranjeros que se encuentra en la misma norma (cfr. art. 3º, con las excepciones del art. 4º). Así los protegidos son los nacionales en calidad de titulares del dominio de inmuebles situados en el territorio nacional, a los que se los protege de los extranjeros que pretendan ser también titulares del dominio (u otros derechos, cfr. art. 3º) sobre los mismos tipos de inmuebles (no sobre los que ya tienen titular, obviamente, salvo que los compren o alquilen) en una extensión mayor a las ya indicadas 1000 ha (art. 10), que incluso podría ser menor atendiendo a los porcentajes máximos globales de los arts. 8º –15 % sobre el total de inmuebles rurales del país– y 9º, esto es el 30 % sobre el mismo total para sujetos de una misma nacionalidad extranjera. En esos porcentajes los extranjeros –especialmente si se juntan todos de una misma nacionalidad– serían peligrosos para los argentinos. Sin embargo, la ley citada no identifica el daño actual o inminente, en cualquier caso, razonablemente posible, del que debe protegerse a los propietarios nacionales con respecto a los extranjeros que quieren ser también propietarios en la Argentina, habida cuenta de que la ley prohíbe, en las condiciones mencionadas, la venta voluntaria –única posible– de tales inmuebles. Es cierto que de acuerdo a declaraciones públicas de funcionarios y legisladores, lo protegido no sería el sujeto de nacionalidad argentina, sino la tierra en sí misma, considerada un “recurso natural no renovable” (cfr. art. 11<sup>(40)</sup>), cuestión que, amén de ser cierta, nos provoca el interrogante acerca de la razón o de por qué los extranjeros serán más dañinos con la tierra

que los argentinos, especialmente cuando tendrán sobre ella el mismo interés económico que los últimos. Pero este último objeto de supuesta protección debe ser descartado de cualquier interpretación razonable, primero por ser irrazonable de por sí, segundo porque de acuerdo con el art. 2º de la ley que analizamos, la tierra es “protegida” no solo en vista de usos agropecuarios o forestales, sino frente a cualquier otro uso (mera inversión; alquiler, para su explotación, a un argentino), entre ellos, expresamente, explotaciones turísticas. Alguien podría decir que los turistas, de tanto caminar, gastan la tierra, y de tanto tomar agua y bañarse, consumen dicho elemento tanpreciado, pero en realidad eso no solo carece de demostración y de estadísticas comparativas (¿se higienizarán más que los argentinos?, ¿caminarán arrastrando los pies más que los aquí nacidos?), sino también debería partir del supuesto de que la Argentina es un polo de atracción de centenares de millones de turistas por año, pero para llegar a esa cifra, lamentablemente, faltan todavía algunos siglos.

Volviendo a tomar en serio a la ley de marras (lo que requiere un considerable esfuerzo, ciertamente), debe advertirse que ella limita fuertemente el derecho-garantía del art. 20 de la Constitución Nacional: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos (...)” y especialmente la prescripción del art. 25: “El Gobierno federal (...) no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan como objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”. Todo ello también es conforme con la declaración del art. 14, en cuanto a que los derechos allí enumerados son gozados por “todos los habitantes de la Nación (...)” que “no admite prerrogativas (...) de nacimiento” y donde la “igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”, tratamiento igualitario que está también prescripto por el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”– e igualmente por, entre otros, el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los arts. 1º y 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que para la Argentina gozan de jerarquía complementaria a la Constitución (cfr. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Se trata, entonces, de una restricción de derechos en aras de un supuesto “interés gubernamental sustancial” que no se encuentra ni identificado ni mucho menos racionalmente justificado. Aunque lo estuviese (preservación de los recursos, o del medio ambiente), la persecución de tal bien se lograría mucho más adecuadamente y con menos carga (restricción del derecho) para los individuos con proporcionadas medidas de policía administrativa, que, por lo demás, ya existen en muchas jurisdicciones provinciales (uso del agua, de agroquímicos, forestación y desforestación, etc.).

Toda regulación irrazonable es inconstitucional, por contrariar la garantía establecida por el art. 28, CN. En el nivel administrativo, recordemos, la proporcionalidad integra el elemento finalidad del acto administrativo (art. 7º, inciso f, ley 19.549). Su ausencia convierte al acto administrativo, tanto el de alcance particular como el de alcance general, en “nulo, de nulidad absoluta e insanable”, conforme lo establece el art. 14.b) de la citada ley.

La irrazonabilidad o desproporcionalidad de un acto administrativo o de un reglamento administrativo puede ser materia de impugnación en dicha sede<sup>(41)</sup>.

Cuando se trate de decretos reglamentarios, o de necesidad y urgencia u otros con efectos de ley (decretos de legislación delegada, o de promulgación parcial de la ley) y, por supuesto, leyes, el cuestionamiento deberá ser judicial<sup>(42)</sup>.

(41) Cuando se trate de decretos, disposiciones administrativas (emanadas del Jefe de Gabinete de Ministros), siempre que no se trate de decretos reglamentarios de una ley (a que le son complementarios) o (mucho menos) decretos de necesidad y urgencia, que tienen efectos de ley. Naturalmente agotada la vía administrativa conforme lo dispuesto en los arts. 24 y 25, LPA, la impugnación podrá ser llevada a la senda judicial.

(42) Sobre las distintas categorías de normas generales emanadas del Presidente en ejercicio de su “función de jefatura o presidencial”, ver Barra, R., *Derecho Administrativo. Acto...*, ob. cit., Capítulos XVI a XVIII.

(39) Lo hemos también estudiado en Barra, *Derecho Administrativo. Acto...*, ob. cit., Tomo I, Cap. III. La ley 26.737 fue derogada por el art. 154 del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, derogación que, a la vez, fue suspendida por una medida cautelar judicial, en revisión por la Corte Suprema de Justicia al momento de escribir estas páginas.

(40) El cit. art. 11 es una norma inconstitucional en sí misma, en tanto dispone: “A los fines de esta ley y atendiendo a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscriptos por la República Argentina y que se encuentren vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley, no se entenderá como inversión la adquisición de tierras rurales, por tratarse de un recurso natural no renovable que aporta el país receptor”. Esta norma no puede ser considerada una denuncia unilateral parcial de los Tratados Bilaterales de Inversión que obligan a la Argentina, ni tampoco una declaración interpretativa de los mismos, por no respetar el procedimiento de cada tratado a tales efectos –son todos muy similares– ni el establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ley 19.865.

¿Pueden los jueces evaluar la desproporcionalidad de una norma?

Como principio general, el Congreso y el Presidente (en su calidad de legislador), en su caso, gozan de discrecionalidad política con relación al contenido de la norma de que se trate. Pero tal limitación, como es sabido, cede ante los casos de inconstitucionalidad de la norma, como es el supuesto de la violación de la garantía del art. 28, CN<sup>(43)</sup>.

En realidad, salvo los casos de inconstitucionalidad “facial”, por el mismo contenido de la norma (por ej., expropiación sin indemnización), la cuestión de la constitucionalidad de una ley por la restricción de derechos que produzca en un sujeto concreto pasará por el análisis de su elemento finalidad.

Ante el caso de la restricción normativa a un derecho, el juez deberá formularse las siguientes preguntas básicas: el fin perseguido por el gobierno, ¿responde a un interés público sustancial, esto es, una exigencia de bien común razonablemente verificable?<sup>(44)</sup>; la satisfacción de tal exi-

gencia comunitaria, ¿obliga a afectar el ejercicio de un derecho individual? ¿Tiene el gobierno disponible otra alternativa menos dañosa e igualmente eficaz?; el grado de afectación, ¿es el absolutamente necesario? Con exclusión de la primera, estas preguntas importan un análisis costo-beneficio, donde el beneficio es el fin del bien común perseguido y el costo es la afectación (y su intensidad) de derechos. Tal afectación no debe representar para el titular del derecho una “carga indebida”, es decir, un costo que, constitucionalmente, no se encuentre obligado a soportar.

Pero también existe una “carga indebida” social, normalmente de naturaleza económica que, como vimos, genera importantes costos sociales con intrascendentes beneficios.

La desregulación o eliminación de las regulaciones irracionales, ¿no es acaso un medio para “afianzar la justicia (...) promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad (...)”, como lo manda el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional?

**VOCES: PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ESTADO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO CONSTITUCIONAL - PODER LEGISLATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DEMOCRACIA - MINISTERIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS**

(43) “[L]a Corte enuncia la regla conocida de la autolimitación diciendo: ‘No es del resorte del poder judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos para conjugar esa situación crítica’. Pero al establecer qué es lo que puede decidir la Corte expresa: ‘Le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del Congreso para establecer restricciones al derecho de usar y disponer de la propiedad teniendo para ello en cuenta la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva’”. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 141.

(44) En realidad, reitero, los jueces no deberían poder responder a esta pregunta, en tanto la identificación del bien común, como ya lo hemos visto, es, en la democracia representativa, de competencia, si no exclusiva sí predominante, de los órganos políticos, es decir, aquellos con responsabilidad política electiva. Pero los jueces sí podrían valorar si lo que se busca satisfacer es el mero interés de un individuo o grupo, sin que ello tenga un efecto directo e inmediato sobre el bien común, tal como lo destaca la Corte Suprema en el ya cit. “Peralta”.

De todas formas, cabe advertir que los órganos políticos del gobierno pueden tomar medidas beneficiosas para un grupo determinado —una minoría discriminada; un grupo en situación de indigencia; un determinado sector productivo, etc.— que, por su misma naturaleza, de manera inmediata y directa favorezcan al bien común.