

NOMEN IURIS

REVISTA EN DERECHO
Y ARGUMENTACIÓN



Universidad Nacional de Córdoba
Facultad de Derecho. Secretaría de Posgrado
Maestría en Derecho y Argumentación

#1
2018

Directores

Dr. Ernesto Garzón Valdés

Dr. Hugo O. Seleme

Comité editorial

Dra. Marcela Aspell

Dra. Dora Barrancos

Dr. Ricardo Caracciolo

Dr. Edgardo García Chiple

Dr. Jorge Malem

Dr. José Luis Martí

Dra. Laura Pautassi

Dr. Carlos Rosenkrantz

Dr. Roberto Saba

Editoras

Ab. Eugenia Mariano

Mgter. María de los Ángeles Nallin

Dra. Adriana L. Vercellone

Secretaria de Redacción

Mgter. María de los Ángeles Nallin

Edición Web

Ab. Ercilia I. Adén

Ab. Alejandro Berrotarán

Diseño identidad de la revista

iBox Design studio

Diseño de tapa

Arq. David Pompei

Contacto

nomeniuris@derecho.unc.edu.ar

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/nomeniuris/>

https://www.facebook.com/revistanomeniuris/?ref=br_rs

Contenidos

	Pág.
<i>Prólogo</i>	1
<i>Sobre los autores</i>	3
<i>Sección ARTÍCULOS</i>	
1. ¿Por qué sí el modelo del campamento? Una lectura alternativa a ¿por qué no el socialismo? de G. A. Cohen, por Lorena I. Tosello	4
2. La curva de Laffer como parámetro de confiscatoriedad tributaria, por Juan Ignacio Ibañez	17
3. Corrupción, crimen organizado y actividad política, por Carlos Krauth	38
<i>Sección TESIS DE MAESTRÍA</i>	
1. La Función Jurisdiccional Preventiva, por Marcos E. Suarez Montes, Rodrigo M. Suarez Montes y Javier Moyano	51
<i>Directrices para autores y formato</i>	63



Prólogo

La *Revista Nomen Iuris* nace en la ciudad de Córdoba, en el marco de la Maestría en Derecho y Argumentación que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Esta Maestría comenzó a dictarse en el año 2006, y desde entonces contribuye en la formación de quienes se desempeñan en el ámbito académico y judicial.

El objetivo de la carrera es doble. Por un lado, favorecer la práctica jurídica y el servicio de justicia en general. Por otro lado, fomentar el desarrollo colectivo de ideas. Esta tarea a veces es ardua, pero es enormemente gratificante. Durante los dos años que dura la currícula, los y las estudiantes dialogan con importantes juristas y especialistas del derecho. Las incalculables discusiones, argumentos y trabajos originales que se construyen colectivamente en el aula son el resultado más valioso de este proceso. En ese sentido, la Maestría es una pequeña luz que ayuda a sus asistentes a despertar y entender los problemas sociales, jurídicos y políticos más significativos de nuestra comunidad.

Como no concebimos la construcción de ideas si no es de modo colectivo, creemos vital la divulgación de estos esfuerzos académicos en la universidad y la comunidad en general. Así nació *Nomen Iuris* como un espacio de transferencia al alcance de cualquiera con un genuino interés en la lectura y la reflexión.

Esta revista consta de dos secciones. La primera, publica artículos seleccionados en un llamado abierto. La segunda, difunde trabajos de tesis elaborados en el contexto de la maestría, ya aprobados, que han obtenido recomendación de publicación por parte del tribunal evaluador. En ambos casos, los artículos propuestos pasan por el proceso de evaluación de doble referato ciego, como garantía de calidad.

En este primer número escribe un egresado de la carrera Carlos Krauth, cuatro tesis de la maestría en pleno proceso de escritura –Lorena Tosello, Rodrigo Suarez Montes, Marcos Suarez Montes y Javier Moyano-, y Juan Ignacio Ibañez, quien contribuye con sus reflexiones desde la Universidad Católica de Córdoba.

En el artículo titulado “¿Por qué sí el modelo del campamento? Una lectura alternativa a ¿por qué no el socialismo? De G. A. Cohen”, Lorena I. Tosello se preocupa por el análisis de diseños institucionales que tornen operativo el valor igualdad y así reconstruye el modelo del campamento presentado por Cohen como alternativa al liberalismo. Finalmente presenta argumentos en virtud de los cuales no resultaría factible ni deseable este tipo de organización socialista en una escala superior.

Por su parte, Juan I. Ibañez en “La curva de Laffer como parámetro de confiscatoriedad tributaria” argumenta que es posible determinar la confiscatoriedad de un impuesto a través de la estimación empírica de la curva de Laffer. Partiendo de la necesidad de limitar la potestad tributaria del Estado, del principio de legalidad y de la función social de la propiedad, presenta una herramienta teórica que permite conocer un punto a partir del cual se puede tener certeza sobre de la inconstitucionalidad de un tributo.

Carlos Krauth en su trabajo “Corrupción, crimen organizado y actividad política” analiza el papel que juegan la corrupción y el crimen organizado como formas de financiamiento de las actividades de los partidos políticos. Plantea posibles soluciones y la necesidad de establecer mecanismos e instituciones que fomenten la transparencia y la rendición de cuentas e instrumentos de investigación y análisis orientados a los resultados.

La acción preventiva de daños es analizada por Javier Moyano, Marcos Suarez Montes y Rodrigo Suarez Montes en el artículo titulado “La función jurisdiccional preventiva”. Los autores, interesados

por los valores de completitud, coherencia e independencia del sistema normativo, exponen los inconvenientes en la aplicación de este instituto en el sistema procesal cordobés a la vez que proponen algunas soluciones a los fines de respetar esos valores.

Esta revista es el resultado del mancomunado esfuerzo de muchísimas personas. En primer lugar, agradecemos a los directores de la carrera, Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdes. Ernesto es, sin exagerar, el mejor maestro que dio nuestra Facultad: un académico de fuste, riguroso y por encima de todo, generoso. Por otro lado, sin el hábito democrático que Hugo promueve en el equipo de trabajo de la Maestría, nada de esto sería posible; no encontramos palabras para agradecer la confianza que nos brinda para trabajar y decidir con total libertad. En segundo lugar, agradecemos a la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho por brindar la oportunidad y garantizar los medios para que esta revista salga a la luz; en especial a Edgardo García Chiple, quien empujó a *Nomen Iuris* desde que ésta apenas empezaba a gestarse. En tercer lugar, a quienes coordinan la Maestría que no hacen más que ser trabajadores multifunción para que la carrera funcione: Laura Foradori y Alejandro Berrotarán. También a las anteriores autoridades de la carrera, ya que son responsables de las raíces de esta labor, principalmente a Ernesto Abril, y con él a Hector Aimar, Estefanía de Olmos e Ingrid Carletto Korber. En quinto lugar, a Eugenia Mariano, quien se sumó al equipo editorial de la revista apenas se enteró de su existencia; desde entonces no ha hecho más que aportar ideas y esfuerzos para su publicación. Igualmente, el agradecimiento se extiende a Ercilia Adén y Alejandro Berrotarán (sí, ya mencionamos a Alejandro, pero es muy colaborador) que acompañan con el diseño web de la Revista y el sitio de internet. Por último, a los y las trabajadores de la Secretaría de Posgrado, que realizan silenciosamente un trabajo diario y microscópico que permite que todo funcione en la carrera: emiten actas, expedientes, reciben reclamos, inscriben alumnos y resuelven problemas. Sin olvidar a nadie, son: Marina, Agustina, Lorena, Mauricio, Constanza, Soledad, Sol, Sergio, Silvia, Franco, Paz, Paola y Gabriela.

Finalmente, y no por ello menos importante, vaya nuestro agradecimiento a los profesores y las profesoras de la Maestría, quienes contribuyeron y contribuyen a elevar la calidad académica de este espacio. También a quienes se desempeñaron como tribunales de tesis y evaluaron artículos, por su excelencia y su labor desinteresada y colaborativa. Y por supuesto a los y las estudiantes, porque sin ellos y ellas nada de esto sería posible.

María de los Ángeles Nallin

Adriana Vercellone

Sobre los autores

Juan Ignacio Ibañez

Maestrando en Análisis Económico del Derecho (Universität Hamburg-Aix-Marseille Université). Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Licenciado en Relaciones Internacionales (Universidad Católica de Córdoba). Estudios en Administración Internacional de Negocios (University of the Thai Chamber of Commerce). Adscripto *Teoría de las relaciones internacionales* (Universidad Católica de Córdoba).

Carlos Krauth

Doctorando en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Magister en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Asistente en *Introducción a los estudios de la carrera de abogacía* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Ayudante “A” por concurso en *Introducción al derecho* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Asistente *Ética* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba).

Lorena Ines Tosello

Especialista en derecho de los negocios (Universidad Nacional de Córdoba). Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Adscripta *Introducción al Derecho* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba).

Javier Moyano

Maestrando en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Adscripto en *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba)

Marcos E. Suarez Montes

Maestrando en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Adscripto en *Derecho Procesal Civil y Comercial* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba).

Rodrigo M. Suarez Montes

Maestrando en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Adscripto en *Teoría General del Proceso* (Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba).



¿POR QUÉ SÍ EL MODELO DEL CAMPAMENTO?

Una lectura alternativa a ¿Por qué no el socialismo? de G. A. Cohen

WHY THE CAMPING MODEL?

An alternative reading to Why not socialism? by G. A. Cohen

Lorena Inés Tosello

Universidad Nacional de Córdoba

loretosello@yahoo.com.ar

Recibido: 15.9.16

Aprobado: 9.11.17

Resumen: La *igualdad*, como valor social, ha sido objeto de numerosas construcciones teóricas político-jurídicas tendientes al desarrollo de un diseño institucional que torne operativo al mismo, según sea la concepción defendida al respecto. Una de ellas es la propuesta por G. A. Cohen como alternativa al liberalismo y a toda forma de organización económica de mercado, representada en el *modelo socialista del campamento*. Por tanto, en el presente trabajo se expondrá una síntesis de la construcción teórica efectuada por Cohen en la que quedaría evidenciado que tal modelo resultaría tanto deseable como factible (de lograr se produzcan ciertas condiciones), en razón de los principios de *igualdad radical de oportunidades* y de *comunidad*, sobre los que lo fundamenta. Seguidamente, y por separado, se presentarán dos posibles argumentos que revelen que no solo que el modelo socialista del campamento no sería factible por presentar una autocontradicción entre los dos principios que lo sustentan, sino que tampoco sería del todo deseable desde el punto de vista de la generosidad pretendida entre iguales. Y finalmente se mencionará algún otro motivo de discrepancia acerca de la deseabilidad y factibilidad de la organización socialista en una escala superior.

Palabras clave: socialismo - igualdad radical de oportunidades - comunidad

Abstract: *Equality, as a social value, has been the subject of many political and legal constructions to develop an institutional design that becomes operational. One of these theories is G. A. Cohen's proposal as an alternative to liberalism and all forms of market economic organization, represented in the socialist camping trip model. The synthesis of theoretical construction by Cohen will be explained in this paper, showing why the camping trip model would be both desirable and feasible (if certain conditions occur), due to the principles of radical equality of opportunity and community that sustains it. Furthermore, there will be presented two possible arguments, which reveal that not only the model of the camping would not be feasible due a self-contradiction between the two principles that sustain it, but also it would not be entirely desirable from the point of view of intended generosity between equals. Finally another reason of disagreement about the desirability and feasibility of socialist organization on a higher scale will be mentioned.*

Key words: *socialism - radical equality of opportunities - community*

1. La pregunta y la respuesta de Gerald Allan Cohen

Existen numerosos eventos de la vida corriente respecto de los que, si nos detenemos a examinarlos, podemos extraer una explicación sencilla a cuestionamientos existenciales¹ más profundos.

Uno de ellos, *el campamento*, es con el que G. A. Cohen nos motiva a repensar la manera en que se estructuran las instituciones sociales, económicas y políticas de la sociedad liberal occidental moderna, erigida sobre la base del modelo de mercado en todo cuanto a *intercambio en las relaciones humanas* se refiere.

Imaginándose por tanto, como se desarrollarían las interacciones personales y éstas en relación a los bienes disponibles en un contexto como el del campamento, el autor pregunta:

¿No es “el modelo socialista, con propiedad colectiva y cooperación mutua planificada, muy obviamente el *mejor* para organizar un campamento, independientemente si a uno le *gustan* o no los campamentos?”² (Cohen, 2011, p. 13-14).

La respuesta provista a la misma es que sí, ya que claramente la *mayoría* de la gente así lo *preferiría*. (Cohen, 2011, p. 7)

Y de ésta y a modo de paráfrasis compactada, se sigue una segunda pregunta un tanto más compleja acerca de si y por tanto, ¿no es el modelo socialista preferido en el campamento el *deseable* para toda la sociedad, aún de estar sujeta la *factibilidad* de su implementación a escala nacional y/o internacional, a la concreción del diseño de una ingeniería social que garantice el derecho a la elección individual del conjunto de las personas, sin tensiones entre sí? Nuevamente una respuesta en sentido positivo es la que resulta para el autor, en razón de los *principios de igualdad y comunidad* que desarrolla para el modelo propuesto. (Cohen, 2011, p. 7-8/42-43/60-61)

Ahora bien, ¿cuáles son las características típicas de un campamento que entrañan de manera preferente el modelo socialista de organización y que resultan lo suficientemente cautivadoras para aplicarlas a una escala mayor?

Quienquiera que alguna vez haya disfrutado (o padecido, porqué no) dicha experiencia concreta y transmitídosela a otros, se la representa *a priori*³ como un programa concebido en grupo, llevado a cabo con el objetivo de compartir con amigos una temporada agradable y distendida que se planea y organiza en conjunto, acordando qué es necesario llevar para uso y aprovechamiento común, quién llevará cada cosa, y qué tareas se repartirán entre los participantes y realizará cada uno en favor de todos.

Similar sentido y descripción del campamento es la que tiene en mente Cohen (2011, p. 9-10) cuando lo presenta como patrón de comparación del sistema socialista al que adscribe, pudiéndose sintetizar entonces las notas salientes del mismo en las siguientes: a) ausencia de jerarquías, b) aporte y acceso igualitario de los recursos necesarios, c) división proporcional de las cargas reservando tiempo y espacio para disfrute en conjunto y/o personal, y d) interés compartido en (y por) el bienestar

¹ Se utiliza este término en un sentido corriente sin adscripción a corrientes filosóficas-psicológicas particulares.

² Las cursivas encerradas entre comillas son propias del autor, señalándose idéntico caso en lo sucesivo.

³ Se hace dicha aclaración en razón de que, conforme la experiencia sensible, no siempre se cumplen *a posteriori* los acuerdos iniciales. Sin perjuicio de ello, dicha contingencia no obsta la idea abstracta acerca del campamento.

generalizado⁴.

Expuesto el modelo del campamento de esta manera, hace que resulte *tentador* coincidir con la primera respuesta afirmativa dada por el autor a su pregunta, empero la relativa falta de convergencia y dubitaciones podrían empezar a perfilarse en relación a la implicación que ésta supone, respecto de la segunda pregunta formulada para el presente trabajo, párrafos más arriba⁵.

Ello obedece a que tanto la *deseabilidad* y la *factibilidad* de implementación del modelo socialista a escala nacional y/o internacional, se apoya en el sentido dado por el autor a cada uno de los principios en que fundamenta dicho modelo y en el funcionamiento concurrente y correctivo que propone entre ambos.

Es en procura de ofrecer una caracterización de los mismos, que desarrolla el apartado siguiente.

2. Los fundamentos de la respuesta de G. A. Cohen. Principios que inspiran el modelo del campamento⁶

La conclusión a la que arriba G. A. Cohen (2011, p. 14) favorable al modelo socialista, luego de señalar sin perjuicio de ello que existen importantes diferencias de contexto entre un campamento y la sociedad moderna, se justifica en la articulación del principio de igualdad y del principio comunitario realizada sobre la base común de ambos, que no es otra que la *ausencia de egoísmo* tanto en las reglas que gobiernan las instituciones como en los comportamientos desplegados por las personas en sus interacciones sociales. (Cohen, 2001, p. 166)

Así y en primer lugar, distingue las diferentes concepciones relativas al principio de igualdad de las que se derivarían disímiles efectos correctivos de las consiguientes desventajas sociales, siendo sólo una de éstas compatible con el modelo socialista propuesto. (Cohen, 2011, p. 15-16)

Tomando como punto de asiento a los principios de igualdad burguesa y de igualdad liberal de izquierda, G. A. Cohen (2011) desarrolla la concepción de igualdad socialista superadora de las anteriores con la intención y finalidad de remover los tres obstáculos que verifica, se oponen a una igualdad radical de oportunidades (p. 17-18).

A diferencia de las dos primeras más acotadas y a través del concepto (y concepción) más amplio que significaría la *igualdad socialista*, quedarían enmendadas por igualación de todas las personas al respecto, tanto las limitaciones impuestas por las diferencias de estatus social y las derivadas de las

⁴ Una de las observaciones efectuadas por quien tuviera a cargo examinar el presente ensayo, lo fue el estimar necesario poner énfasis en la toma de decisiones democráticas y la planificación de las actividades en el modelo de campamento. Se contesta: En tal sentido, se pone de relieve que las características enumeradas en el texto y que dan origen a la presente nota presuponen para su concreción efectiva, el acuerdo previo y mutuo entre los miembros del grupo en función de las preferencias de cada uno, y como resultado de ello, la planificación efectuada por decisión asimismo conjunta respecto de los recursos (humanos, materiales, etc.) en lo relativo a “quién los va a usar y cuándo, en qué circunstancias y por qué” (Cohen, 2011, p. 9), con el objetivo de posibilitar la realización de dichas preferencias en la mayor medida posible.

⁵ Entre otras, la sustancial diferencia que implica la limitación temporal de una convivencia del tipo del campamento respecto de un régimen social permanente así estructurado, no aparece como algo menor, toda vez que mantener dicha intención común por un periodo relativamente corto, permite realizar concesiones hacia los demás acotando para ello las preferencias personales (incluso de muy buen grado), motivadas en el conocimiento de que luego de finalizada la excursión, cada uno vuelve, tanto literal como figurativamente, con su almohada, su colchón y su ducha individual.

⁶ La presente caracterización de la propuesta teórica de G. A. Cohen, fue realizada sobre la base de los textos del autor citados en la bibliografía, sin que la citas literales o las paráfrasis de sus ideas sigan necesariamente el orden cronológico y/o expositivo en que fueron escritos o publicados.

circunstancias *sociales* de nacimiento y educación, como también aquellas innatas o *naturales* de nacimiento; o lo que es lo mismo, “todas las desventajas no elegidas, [...] de las cuales, razonablemente, no se puede responsabilizar al agente mismo ...” (Cohen, 2011, p. 19).

Por su parte, pone asimismo en evidencia las desventajas que sí mantienen coherencia y por tanto aprueba, el mentado principio de igualdad socialista.

Formula inicialmente en su exposición, una clase de desigualdad (diferencias en el resultado) que no le generaría inquietud alguna toda vez que solo implica aquellas diferencias de gustos o preferencias personales o elecciones entre opciones de estilos de vida que en sí mismas no representan una inequidad, y que por tal motivo no supondrían una discrepancia con la concepción de igualdad sostenida. (Cohen, 2011, p. 23-24)

El inconveniente que atrae especialmente la atención de G. A. Cohen se manifiesta en las desigualdades de *provecho agregado* consistentes con el principio de igualdad que considera correcto, respecto de las que entiende sería menester *templar* o adecuar haciendo conjugar allí y para ello, el principio comunitario.

Partiendo entonces de la condición liminar de *absoluta igualdad* de todas las personas, estas desventajas nacidas de las desigualdades del provecho agregado tienen su razón de ser en circunstancias de las que sí atañería responsabilizar al agente por sus consecuencias, y que adoptan las formas de desigualdad originadas en “una *elección lamentable* [...] y en la] *suerte en las opciones*”⁷ (Cohen, 2011, p. 24-25)⁸.

La primera de las formas de desigualdad referida, es el resultado de la actitud de postergación, de descuido y/o de negligencia del agente en el examen adecuado de sus opciones y oportunidades disponibles, resultando en desventajas que “están justificadas por el ejercicio diferencial del esfuerzo y/o preocupación de las personas ...” (Cohen, 2011, p. 25).

La segunda de las formas de desigualdad en el provecho agregado (total), “es una desigualdad que refleja diferencias en lo que los filósofos denominan *la suerte en las opciones*. [...] asimismo] consistente con la igualdad socialista de oportunidades”⁹ (Cohen, 2011, p. 27).

El elemento del azar en las opciones conforme el modelo socialista, compatible a su vez con las desventajas que ocasiona, es aquel en donde uno tiene la posibilidad de elegir si apuesta o no, o si corre el riesgo o no (Cohen, 2011, p. 28-29); *posibilidad* del agente ésta, de la que redundará la pertinente

⁷ Las cursivas son propias del autor.

⁸ La siguiente observación efectuada (ver nota 4), fue dirigida a la utilización de los términos “absoluta igualdad” en el texto, remarcándose en la misma que el lenguaje empleado por Cohen es menos categórico y solo indicaría la realización de la igualdad radical de oportunidades sin implicar necesariamente una absoluta igualdad en todas las dimensiones concebibles. Se contesta: Si bien es cierto que dicho autor no utiliza con frecuencia lenguaje categórico, en este caso sí ha empleado dichos términos de manera literal, en el sentido que la siguiente cita textual expresa: “Estas desigualdades de provecho agregado están justificadas por el ejercicio diferencial del esfuerzo y/o la preocupación de personas que inicialmente están en absoluta igualdad de condiciones y que son iguales incluso en sus capacidades de esforzarse y de ser cuidadosas” (cfr. Cohen, 2011, p. 25, 2do. párrafo). Para Cohen entonces, la igualdad radical de oportunidades socialista, procura “corregir *todas* las desventajas no elegidas [...] de las cuales [...] no se puede responsabilizar al agente mismo”, sea que dichas desventajas reflejen adversidades tanto sociales como naturales. (cfr. Cohen, 2011, p. 19). Y recién luego de sentado ello (y como marca de diferenciación en relación a la igualdad de oportunidades burguesa y a la igualdad de oportunidades libera de izquierda –p.17-), el autor pasa a analizar las desigualdades que si bien sí son consistentes con la igualdad socialista de oportunidades, le resultan en mayor o menor medida, problemáticas. (ver Cohen, 2011, p. 23 y sstes.).

⁹ Las cursivas son propias del autor.

imputación de responsabilidad por sus consecuencias.

Tales desigualdades serían justas y se encontrarían justificadas. Empero “a los socialistas les resultan repugnantes cuando prevalecen en una *escala lo suficientemente grande* [tal que contradiga] el principio de comunidad”¹⁰ (Cohen, 2011, p. 29).

Lo dicho obedece a que conforme el principio comunitario, las desigualdades que no pueden condenarse en virtud de la justeza del principio de igualdad socialista, sí pueden corregirse actitudinalmente por aplicación de aquél, ya que lo central para la concepción comunal, “es que a las personas les importen los demás, y que siempre que sea *necesario y posible* los cuide, y que además se preocupe de que a unos les importen los otros.” (Cohen, 2011, p. 30).¹¹

G. A. Cohen (2011) plantea dos modalidades de cuidado comunal. Una como requisito para lograr la *igualdad* y otra, no ya como requisito para ello, pero sí “para que las relaciones humanas tomen una forma *deseable*” (p. 31-33).

Entonces, la primera “restringe algunas de las desigualdades que son resultado de la igualdad socialista de oportunidades” (Cohen, 2011, p. 30) o lo que se podría decir, es lo mismo, censura o limita aquellas desigualdades que se evidencien en la mayor cantidad de bienes y recursos que tenga una persona producto *de su propio esfuerzo y/o de la evaluación del riesgo en las opciones* respecto de otra persona, aún cuando esta última hubiese tenido efectivamente idénticas oportunidades para lograr idéntico resultado, justificado en que, admitir esa brecha implicaría un apartamiento del primero “de nuestra vida común, y el ideal de comunidad condena eso”¹² (Cohen, 2011, p. 32).

La segunda modalidad es la expresión de la *reciprocidad comunitaria* como principio *antimercado* en el que “... yo produzco con un espíritu de compromiso con los otros: deseo servirlos y también deseo que ellos me sirvan a mí, y me dan satisfacción cada uno de los términos de la ecuación” (Cohen, 2011, p. 34) [...] “... no requiere que yo sea un tonto que lo sirve a usted sin que me importe si usted (siempre que pueda hacerlo) está dispuesto a servirme a mí...” (Cohen, 2011, p. 35) [...] “... doy porque usted lo necesita, o lo requiere, y en la que tengo la expectativa de una *generosidad comparable* de su parte” (Cohen, 2011, p. 36).

Esta última es el tipo de actitud humana deseable para todos los miembros de la comunidad, que se nutre a su vez de esta particular concepción de *generosidad*¹³ o *ausencia de egoísmo* en la que el

¹⁰ No se encontró criterio de referencia a través del cual evaluar la graduación de la *escala* en las desigualdades que expresa G. A. Cohen, repugnarían al modelo socialista, sino solo un ejemplo por el que se procura ilustrar que la responsabilidad del agente por sus elecciones o por la suerte en las opciones que redunde, v.g., en la adquisición o no de un cómodo automóvil (y la consiguiente desventaja comparativa que ello significaría), reflejaría una desigualdad *lo suficientemente grande*, para requerir de su corrección mediante el principio comunitario (véase Cohen, Ob. Cit., p. 31). Al respecto, quien suscribe no comparte la envergadura y significancia dada a dicha específica *desigualdad*, ejemplificada como parámetro de medida por el autor. Igualmente, y por sugerencia de quien tuvo a cargo la corrección del presente ensayo, véase una referencia indirecta de la noción de fraternidad que podría surgir de la cita a la canción de la infancia de Cohen (ver Cohen, 2011, p. 42 *in fine* y p. 43).

¹¹ Nuevamente aquí, y partiendo de que la cobertura de que los recursos mínimos necesarios y de que una igualdad absoluta y radical de oportunidades se encuentran garantizadas en el modelo socialista, no se han podido encontrar los elementos que permitan identificar las circunstancias y situaciones que se corresponderían con aquellas en que la desigualdad en el provecho agregado evidenciaría una *necesidad* de cuidado y aquellas en que sería *posible* o no hacerlo, para comprender acabadamente cuándo y cómo operaría el principio comunitario.

¹² Las expresiones vertidas entre el primer *encomillado* y hasta la idea de “apartamiento” conectada con el segundo *encomillado*, no es estrictamente una paráfrasis sino la interpretación personal de quien suscribe, entendiendo como necesaria esta aclaración debido a la manera en que fue formulado el párrafo.

¹³ A diferencia del autor reseñado, quien suscribe entiende que por definición, *generosidad* es una actitud por la que se espera *nadaa cambio*. Siquiera la *expectativa* de idéntica actitud, a cambio.

autor funda los principios que entiende, inspiran el socialismo representado en su modelo del campamento.

Lo dicho obedece a que el autor estima (rectificando su rechazo a la premisa sociológica¹⁴), que, “... el egoísmo de la gente afecta las perspectivas de igualdad y justicia [...] porque la justicia no puede ser sólo una cuestión de la estructura legal del Estado dentro del que la gente actúa, sino que es también una cuestión que tiene que ver con los actos que la gente elige dentro de esa estructura, con las opciones personales que llevan a cabo en su vida diaria” (Cohen, 2001, p. 166).

Es entonces a partir de aquí y con la propia expectativa de haber reflejado fielmente el pensamiento y las ideas del autor tratadas en el presente ensayo, que se procurará en lo que se sigue dar las razones de la falta de convergencia y de las dubitaciones que despiertan la *deseabilidad* y *factibilidad* de aplicación del modelo socialista propuesto por G. A. Cohen.

3. Porqué el modelo del campamento no sería *factible*

Se comenzará en este punto con la intención de ofrecer una respuesta a la pregunta acerca de la *factibilidad de la implementación* del modelo socialista, dado que quizás, es la que se apareciera de manera más inmediata.

Para ello y en franco apartamiento de las razones por las que G. A. Cohen afirma la misma (supeditada al acaecimiento de circunstancias que pueden o no suceder), se tomará la descripción realizada por el autor respecto de la manera de organizar un campamento sobre la base que estima esencial en el mismo, y que no es otra que la conjugación de sus dos principios, uno de los cuáles resultaría correctivo en la aplicación del otro.

El principio que a la postre aparece restringido es el de igualdad radical de oportunidades (o socialista) y el principio concebido para tal tarea, es el principio comunitario (o de comunidad).

La propuesta es ver dicho argumento desde la óptica de la lógica informal o argumental y de la lógica formal o proposicional, toda vez que la primera ofrece la posibilidad de reformularlo de manera más simple en el intento de evaluar la corrección y validez de su conclusión, y la segunda, verificar los valores de verdad de las proposiciones que resultan de esta última.

Así, se reformula el argumento del autor mediante silogismos¹⁵ cuyas *conclusiones* quedarían implicadas a través de una *conjunción*, en el modelo del campamento por éste ofrecido¹⁶.

Dicho argumento deductivo está compuesto de varios pasos combinando las formas más simples, y se sintetiza en la siguiente forma:

Formulación *modus ponens*:

¹⁴ Sobre este punto, véase (Cohen, 2001, p. 160-163).

¹⁵ Sobre este punto véase (Weston, 2006).

¹⁶ En los párrafos que se siguen se produjo una modificación al texto original con motivo de la observación del examinador que llamara la atención sobre una deficiencia por omisión, según se manifiesta en la nota 20. Se suprimió del texto original el encabezado que rezaba: “Conforme el modelo del campamento” y en su lugar se agregó “Formulación *modus ponens*.” y el texto incluido al punto 1). Asimismo se agregó: “Formulación mediante silogismo hipotético.” antecedendo a los puntos 1.a) y 1.b). Por último, se adecuó como su consecuencia el enunciado resultante de la inferencia lógica así planteada que da origen a la nota 20.

1) Si defendemos el modelo del campamento, entonces sostenemos el principio de igualdad de oportunidades socialista y sostenemos el principio comunitario.

Defendemos el modelo del campamento.

Entonces sostenemos el principio de igualdad de oportunidades socialista y sostenemos el principio comunitario.

Formulación mediante silogismo hipotético:

1. a) Si sostenemos el principio de igualdad de oportunidades socialista, entonces propugnamos corregir las desigualdades no elegidas por (y respecto de) las que no se puede responsabilizar al agente.

Si propugnamos corregir las desigualdades no elegidas por (y respecto de) las que no se puede responsabilizar al agente, entonces aprobamos las desigualdades en el provecho agregado producto de las elecciones lamentables (descuidos personales), y de la suerte en las opciones (opción de asunción de riesgos).

Por tanto, si sostenemos el principio de igualdad de oportunidades socialista, entonces aprobamos las desigualdades en el provecho agregado producto de las elecciones lamentables (descuidos personales), y de la suerte en las opciones (opción de asunción de riesgos)¹⁷;

Y,

1. b) Si sostenemos el principio comunitario, entonces nos importa reducir siempre la amplitud en la disparidad entre los bienes y recursos de unos, respecto de los bienes y recursos de otros¹⁸.

Si nos importa reducir siempre la amplitud en la disparidad entre los bienes y recursos de unos, respecto de los bienes y recursos de otros, entonces censuramos las desigualdades en el provecho agregado producto de las elecciones lamentables (descuidos personales), y de la suerte en las opciones (opción de asunción de riesgos).

Por tanto, si sostenemos el principio comunitario, censuramos las desigualdades en el provecho agregado producto de las elecciones lamentables (descuidos personales), y de la suerte en las opciones (opción de asunción de riesgos).

En definitiva, el antecedente de la formulación 1), [Si defendemos el modelo del campamento],

¹⁷ Otra de las observaciones efectuadas (ver notas 4 y 8), es la indicación de no haberse contemplado la posibilidad de la siguiente conclusión, que también podría derivarse del texto de Cohen: “Por tanto, si sostenemos el principio de igualdad de oportunidades socialista, entonces no desaprobamos las desigualdades en el provecho”. Ya que “[n]o es lo mismo aprobar que no desaprobamos”. Se contesta: Si bien es correcto que ambos términos no implican necesariamente lo mismo y que inicialmente podría entenderse que Cohen, quien en general no utiliza un lenguaje categórico, presupondría un “tolerar” más compatible con la idea de *no desaprobación*, en este ensayo se consignó el término “aprobar” por las siguientes razones: a) por una parte, y en consonancia con el texto del autor transcrito en la nota 8, por ser el Cohen quien expresa que las desigualdades de provecho agregado “están justificadas”; y b) porque asimismo, es el autor quien expresa que “no est[á] convencido de que sea verdad *tanto*, que todas las elecciones tienen una determinación causal *como* que la determinación causal elimina la responsabilidad” (cfr. Cohen, 2011, p. 25-26 y ctes.). Por lo dicho, es que estimo estaría admitido utilizar para la formulación, el término “aprobamos”.

¹⁸ La reconstrucción del argumento relativo al principio comunitario resultó notablemente más arduo que la del principio de igualdad socialista, toda vez que está compuesto de condiciones indeterminadas a priori tales como: cuando sea *necesario* y en la medida de lo *posible*, que dificultaría una descripción llana del estado de cosas, condiciones éstas que se sintetizaron en el adverbio “siempre” por entender ser ésta, la finalidad y el espíritu del principio comunitario desarrollado por el autor.

tiene como consecuente que [sostenemos el principio de igualdad de oportunidades socialista y sostenemos el principio comunitario], y cada uno de los términos de dicha conjunción funcionan como antecedentes en 1.a) y 1.b) de sus respectivos consecuentes [aprobamos las desigualdades en el provecho agregado producto de las elecciones lamentables (descuidos personales), y de la suerte en las opciones (opción de asunción de riesgos)] y [censuramos las desigualdades en el provecho agregado producto de las elecciones lamentables (descuidos personales), y de la suerte en las opciones (opción de asunción de riesgos)].

Es por ello, que el enunciado quedaría redactado en lenguaje natural de la siguiente manera sintética: *si defendemos el modelo del campamento aprobamos las desigualdades en el provecho agregado [...] y censuramos las desigualdades en el provecho agregado [...]*¹⁹.

Vertido dicho enunciado al ámbito de la lógica formal²⁰, se leería: “es verdad que en el modelo del campamento aprobamos las desigualdades en el provecho agregado [...] y censuramos las desigualdades en el provecho agregado [...]”; siendo la variable proposicional p = “aprobamos las desigualdades”, y su negación $\neg p$ = “censuramos las desigualdades”, lo que en definitiva, se traduce en “ $p \cdot \neg p$ ”. Observada

La función de verdad de dicha fórmula molecular, dependerá de los valores de verdad o falsedad de las fórmulas atómicas que la componen (i.e.: variables proposicionales), que dependerá a su vez de la conectiva utilizada (i.e.: conjunción); representándose dicha función y para el caso, en la siguiente tabla de verdad²¹.

¹⁹ La observación efectuada como problema fundamental por quien tuviera a cargo examinar el presente ensayo, es que la argumentación aquí propuesta: 1) “... desatiende el hecho de que para Cohen el modelo no puede ser separado de los principios que lo sustentan, y que estos principios funcionan de manera secuencial. Es un razonamiento de ética práctica y no de lógica formal.”; 2) “... la tabla de verdad arroja contradicción sólo porque el argumento toma como sujeto de la proposición al modelo de campamento y no a los principios diferenciados. ...”; 3) “no es el modelo el que acepta y censura las desigualdades, sino dos principios diferenciados que operan en el modelo. El argumento propuesto [...] elimina los principios y los reemplaza por el modelo. ...”. Se contesta: Coincido con el examinador en lo relativo a que G. A. Cohen escribe desde la ética práctica y no desde la lógica formal. Precisamente por ello y motivada en la descripción del modelo ofrecido por el autor, es este intento de analizarla desde otra perspectiva posible. Otro punto de coincidencia es acerca del “hecho de que para Cohen el modelo no puede ser separado de los principios que lo sustentan”, lo que ofrece la base del responde de los puntos sobre los que no coincidiría con el examinador (bajo el riesgo -aunque no deseado- de continuar en error). Así, respecto de las observaciones 1) y 3) no se coincide en lo relativo a que el modelo proponga los principios que los sustentan, funcionando de manera secuencial (esto es: como sucesión ordenada). Por el contrario, estimo que es actuando ambos conjuntamente lo que garantizaría que ciertas desigualdades permitidas (aprobadas) por el principio de igual de oportunidades socialista (o de igualdad radical de oportunidades) empero no queridas, no se produzcan en función del principio comunitario (actuando en forma de reciprocidad comunitaria), como “requisito para que las relaciones humanas tomen una forma deseable.” (cfr. Cohen, 2011, p. 32-33). El autor expresa: “Dos principios se materializan en el campamento: un principio igualitario y un principio comunitario. El principio comunitario restringe la aplicación del principio igualitario al prohibir ciertas desigualdades que el principio igualitario permite.”(Cohen, 2011, p. 15), y precisa aún más: “Creo que ciertas desigualdades que no pueden prohibirse en nombre de la igualdad socialista de oportunidades deberían prohibirse, a pesar de todo, en nombre del principio comunitario.”(Cohen, 2011, p. 31). Al tener el modelo dos principios distintos operando conjuntamente (ver objeción 3) y reflejando cada uno dos situaciones en principio previstas por el autor, empero diferentes e incompatibles entre sí, es por lo que se propuso una formulación alternativa que diera cuenta de contradicción percibida. Habiendo intentado entonces ofrecer una explicación a las objeciones 1) y 3), paso a referirme a la objeción 2) por su estrecha vinculación con las anteriores. La presente objeción resultó de utilidad a los fines de verificar un salto en el argumento, señalándose en la misma que, “la tabla de verdad arroja contradicción sólo porque el argumento toma como sujeto de la proposición al modelo y no a los principios diferenciados”. La mención de la razón por la que colocara al *modelo* y no a los *principios diferenciados* resulta de párrafos anteriores de la presente nota y los cambios efectuados en el argumento conforme a ella, agregados en el texto según se aclara en nota 16.

²⁰ Sobre este punto véase:(Guibourg, Echave y Urquijo, 2008).

²¹ Ver nota 19.

p	.	-p
V	F	F
F	F	V

La fórmula molecular en la que para todos los casos posibles, su valor de verdad resulta falso se denomina contradicción; siendo éste el caso (más arriba graficado) para las afirmaciones formuladas por G. A. Cohen en sustento de su modelo de campamento.

Dicho lo cual y según lo expuesto en este apartado, una de las razones por las que la *factibilidad* de la implementación del modelo socialista descrito conforme la forma de organización del campamento no sería posible, obedecería a que los principios en los que se funda y que lo justifican, resultarían lógicamente contradictorios entre sí²².

Y la referida contradicción lógica, podría repercutir en forma adversa a la operatividad y funcionamiento del modelo en la práctica y por tanto en su influencia para la organización de las relaciones personales e interacciones sociales, generando probables tensiones nacidas de la pugna entre los criterios *adecuados* o de *justicia*²³ respecto de los que evaluar las situaciones particulares, afectando también probablemente y de esta manera, su condición de estabilidad interna²⁴.

4. Porqué el modelo del campamento no sería *deseable*

Volviendo a las notas características del *campamento* y con la finalidad de ensayar una respuesta acerca de la *deseabilidad* o no de la aplicación de este modelo a la sociedad, me concentraré en las que fueran descritas en los puntos c) y d) del primer apartado; esto es, *la división proporcional de las cargas reservando tiempo y espacio para disfrute en conjunto y/o personal, y el interés compartido en (y por) el bienestar generalizado*.

Estableceré un paralelismo figurado con el modelo de campamento de G. A. Cohen, atendiendo a otras circunstancias a las que se encuentran expuestos los excursionistas, analizadas en función de los principios socialistas desarrollados por el autor²⁵.

Supongamos entonces que las cargas a distribuir consisten en: 1) el armado de las carpas, 2) la preparación de la comida, 3) el lavado de los enseres empleados para las comidas, y 4) la recolección de frutos.

Celebramos la reunión donde todos nos ponemos de acuerdo respecto de qué hará cada quien, intercambiando cuáles son preferencias personales (en mayor o menor medida) y en la que, en función

²² Ver nota 19.

²³ Véase la opinión del autor sobre su interrogante pertinente al tema en: Cohen, G.A., Ob. Cit. 2011, específicamente p. 31 *in fine* y 32.

²⁴ Con esta opinión se busca asimismo dar una posible respuesta a la cuestión de la factibilidad del modelo planteada por Cohen, referida a si el socialismo “podría funcionar y ser estable”. Véase: Cohen, G.A., Ob. Cit. 2011, específicamente p. 47-48.

²⁵ Al momento de adecuar este ensayo conforme las observaciones formuladas, se tomó noticia de la existencia de un libro de Jason Brennan, titulado “Capitalismo, ¿por qué no?”, destinado a refutar la obra de G. A. Cohen, “Socialismo, ¿por qué no?” que aquí asimismo se trata. Según la referencia encontrada, fue publicado originalmente en inglés el año 2014 y traducido al español por Fernando Claro el 29-05-2017 por la Editorial de Fundación para el Progreso de Chile. Por lo plazos institucionales de la presente entrega no fue posible acceder al mismo para su previa lectura y eventual cita en este ensayo.

de ello, se van asignando las tareas.

De entre éstas, quien eligió encargarse del armado de las carpas tomó esa decisión sabiendo tanto que podía no elegirla, como que conllevaba el riesgo de no ser una tarea de una única vez (siendo la última característica la que le atrajera), sino que dependía de cuestiones climáticas inciertas, aceptando ello.

La preparación de la comida y la recolección de frutos fueron elegidas por otros dos excursionistas, hasta que llegó el turno del último, quien sin haber opinado pese a ser la oportunidad para ello por abstraerse pensando en las canciones que iba a cantar junto al fogón, no advirtió que la única tarea que quedaba disponible era la de lavar los platos, los utensilios, y sobre todo, las ollas.

Llegados al campamento y al finalizar la primera jornada (y sus dos comidas diarias) el encargado de lavar los platos manifiesta que le desagradaba esa ocupación y que le hubiera complacido más, encargarse de la recolección de frutos por los largos paseos que ello implica. Todos suspenden los cánticos programados al lado del fogón, para ver si pueden y cómo podrían, resolver esta insatisfacción.

Al día siguiente ven que en el horizonte comienzan a levantarse nubarrones oscuros.

Esa misma noche, no solo no hubo fogón por el agua y el viento que trajo consigo la tormenta, sino que quien eligiera el armado de carpas, hubo de mantenerse más horas despierto apuntalando los tirantes, reforzando las varillas y sujetando los aleros, tal como se hubiese representado, podía suceder.

Para el tercer día la situación era la siguiente: quien preparaba la comida se había encargado del almuerzo y la cena ambos días, quien recolectaba frutos había salido a conseguirlos tanto a la mañana como a la tarde ambos días, quien lavaba los platos lo había hecho en las oportunidades correspondientes ambos días empero, con pesar, y quien armaba la carpa lo había tenido que hacer no en una, sino en dos oportunidades, contradiciendo así sus probabilidades calculadas y restándole horas de descanso. Sumado a ello, la tormenta que les arruinaba la estadía a todos, no tenía miras de escampar.

Ninguno había podido cantar junto al fogón, pero para corregir la específica situación de malestar de dos amigos se decide en conjunto que el encargado de lavar los platos y el recolector de frutos se intercambien las tareas (pese a ser también la tarea de preferencia de este último); y que el cocinero asegure la mitad de las carpas junto con el armador en procura de un descanso mayor para éste último (pese a tener que levantarse a la misma hora de siempre para comenzar con los preparativos de la comida, sin la ayuda del armador por no saber éste, cocinar).

El cocinero y el recolector (original) no dudan un instante en prestar su colaboración para mejorar la estadía de sus compañeros y el armador y el encargado de lavar los platos (original), valoran y agradecen sinceramente esa predisposición y disposición.

Hasta aquí el intento de poner de relieve la manera en que el principio comunitario “corregiría” las desventajas en las elecciones lamentables (descuidos personales), y de la suerte en las opciones (opción de asunción de riesgos), consentidas de conformidad al principio de igualdad socialista, dentro del modelo del campamento.

Pero, tanto el armador como el encargado de lavar los platos (original), ¿no se sentirían cuanto menos incómodos sabiendo que el recolector (original) cedió en su preferencia y elección a él acordada en común, y que el cocinero aumentó su carga para aliviar la carga incierta aunque prevista inicialmente y así y todo aceptada?

Por su parte, el cocinero y el recolector (original), ¿mantendrían su buen grado en éstos términos y condiciones durante quince días, un mes, un año?

Se insiste en esto, toda vez que dicha idea es perfectamente concebible en una excursión como la del campamento donde los participantes mantienen alguna relación de cariño, y la planean con el objetivo de disfrute común pensado para un periodo de tiempo acotado.

Pero ya no se ve tan claro cuando se procura representar el modelo del campamento en la sociedad, donde no solo la calidad y cantidad de afecto tenido por las personas que integran el propio círculo personal, difiere del aprecio que podamos tener por la raza humana y de cada uno de los individuos en tal carácter; donde la idea y concepto de cuidado y protección comunitaria no encuentra un sentido y concepción única; y donde permanentemente va a haber alguien que realice elecciones lamentables y asuma riesgos innecesarios por acción u omisión propia, aunque informada (incluida quien suscribe), generadoras de las desventajas personales que se pretende, corrijan los demás.

Quienes estén (estemos) en el lugar del “armador” y/o el “lavador de platos (original)”, y/o similar, ¿realmente *desean* (*deseamos*) que los demás, realicen algún *sacrificio o esfuerzo* mayor en pos de la dilución de nuestras *desventajas auto-generadas a sabiendas*²⁶? ¿Deseamos que se resuelvan idénticas situaciones de esta misma forma y de manera permanente?

Estimo que si la respuesta es sí, evidenciaría una actitud de *conveniencia* personal y de algún modo *egoísta* hacia los demás²⁷, incompatible con el propio y particular espíritu de *generosidad* del principio comunitario descrito por G. A. Cohen; dando respuesta así, al porqué *no sería deseable* en términos éticos y morales, la aplicación del modelo socialista del campamento a escala social nacional y/o internacional²⁸.

Por último, y a más de las razones expuestas que motivan la discrepancia con las respuestas dadas por el autor respecto de la deseabilidad y factibilidad de la organización socialista en una escala superior, esbozadas de conformidad al constructo descrito en su modelo del campamento, existe alguna otra con la que se finalizará el presente ensayo, en el apartado siguiente.

Colofón

²⁶ Se entiende “a sabiendas” como algo conocido (aún como probabilidad) de antemano, y no necesariamente como “el querer” el resultado.

²⁷ Una consideración similar (o agravada) cabría para el caso que respondiéramos afirmativamente acerca de que sí *deseamos* el sacrificio o esfuerzo de otros (en pos de diluir las desventajas personales) no ya respecto la sociedad en general sino al círculo de nuestros seres queridos, con la salvedad de que en este último caso, y aún ante la negativa a su colaboración en dichas condiciones, nuestros seres queridos seguramente harían *oídos sordos*, y se sacrificarían y/o se esforzarían por nosotros, igual.

²⁸ Otra observación efectuada a lo sostenido en este párrafo por quien tuviera a cargo examinar el presente, fue acerca de la subespecificación de la situación tomada como base (i.e.: algunos miembros del grupo estarán satisfechos y otros miembros resultarán insatisfechos producto de sus elecciones lamentables), indicándose completar dicha descripción con la hipótesis en la que todos los miembros del grupo hallen menos provecho del esperable en el modelo del campamento, ya que de darse esta última situación, el propio modelo la corregiría mediante el socorro mutuo. Se contesta: Al respecto no veo clara dicha hipótesis en la teoría propuesta por Cohen. Creo que la situación donde se decidiera un tipo de organización en la que *todos* hallen menos provecho del esperable, no sería el presupuesto inicial del autor al proponer el modelo del campamento, toda vez que en el campamento de Cohen, el “objetivo común es que cada uno lo pase bien, haciendo, en la medida de lo posible, las cosas que más [les] gust[e] hacer.” (Cohen, 2011, p. 9 sstes. y ctes.). Es principalmente sobre la base de esta última cita y del desarrollo de ésta efectuado por el autor, que estimo sería adecuada la situación tomada como base en el punto 4. del presente ensayo.

Otro de los motivos por los que no se responde de manera afirmativa a porqué sí el modelo del campamento, obedece a que estimo que tanto este modelo como el capitalismo de mercado (liberalismo económico en su expresión extrema), pese a encontrarse ambos en las antípodas regulativas, valoran el aspecto económico como un fin último y en sí mismo.

De una u otra forma, ambos miden al individuo, a la persona, solo en relación a la cantidad de bienes y recursos materiales que a la postre posean o a los que tengan acceso, sin atender a que dicha específica manifestación de la personalidad referida al *cuánto*, dependerá de las razones relativas al *cómo*, al *porqué* y al *para qué* se posee o se tiene acceso a determinados bienes y recursos materiales.

Y ambos soslayan también²⁹, de una u otra forma, algún o algunos de los principios liberales de libertad, igualdad y fraternidad, los que, aplicándolos de consuno, considero no solo tiene efectos garantistas de los derechos individuales, sino también correctivos de las desigualdades innecesarias.

Más aún cuando el liberalismo político así entendido, no se opone a que se hable en términos de entidades colectivas ni que se otorgue la especial importancia que detentan los intereses y necesidades de la comunidad en cuanto tal; sino que “se opone a que se justifiquen instituciones o medidas que imponen sacrificios y cargas no compensables a ciertos individuos que integran una sociedad ... o a que ciertos individuos sean usados en beneficio exclusivo de otros” (Nino, 2007, p. 21-23), toda vez que esto podría significar la introducción de una nueva forma (adicionándose a las ya conocidas), de explotación del hombre por el hombre³⁰.

Bibliografía y material didáctico consultado y/o citado

Cohen, Gerald A., (2001). *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* Barcelona: Paidós.

Cohen, Gerald A., (2011). *¿Por qué no el socialismo?* Buenos Aires: Katz.

²⁹ Includo el capitalismo de mercado o liberalismo económico, ya que puede funcionar (y funciona) con total independencia de la aplicabilidad conjunta de los tres principios del liberalismo político.

³⁰ La última observación efectuada por quien tuviera a cargo examinar el presente ensayo radica en que, el “argumento del colofón parece dirigido a una imprecisa representación del argumento de Cohen. No hay en la literatura coheniana nada que haga temer algo parecido a lo que supone la autora, siguiendo a Nino”. Se contesta: Es correcto que el argumento de colofón no sigue ya la representación del argumento de Cohen. Ello fue debido a estimar haber dejado expresado en cada uno de los apartados, las conclusiones arribadas respecto de la manera en que opera el principio comunitario en relación al principio de igualdad de oportunidades socialista. Asimismo, asistiendo razón en tal observación y habiendo pretendido finalizar con un pensamiento distinto, ocupó los párrafos que se siguen para intentar ofrecer una aclaración. Creo que el trasfondo de las interrelaciones personales de reciprocidad comunitaria planteada por Cohen tiene un cariz eminentemente económico. A más, es debido a la, cuanto menos, restricción que produce el principio comunitario al principio de igualdad definido como el correcto por G. A. Cohen y de la, cuanto menos, consecuente limitación del derecho de elección personal propios de la teoría del autor, lo que trajo la remembranza de las expresiones de Carlos Nino y la cuestionada cita. Adicionalmente, la mentada cita tiene su motivo en estimar en lo personal, que el espíritu cooperativista no es ajeno ni incompatible con el liberalismo *político* en todo cuanto no requiera las específicas (y sumamente exigentes y por tanto improbables a mi entender) motivaciones individuales y subjetivas de todos y cada uno de los miembros de la comunidad *coheniana*; no creyendo sea la cooperación mutua en lo demás, una característica de organización exclusiva y excluyente del modelo socialista propuesto por el autor. Por último, y si bien la mención de la posible introducción de nuevas formas de explotación del hombre por el hombre es una apreciación enteramente personal, tiene asimismo una pequeña raíz en la cita de Cohen con la que finalizo la presente nota, dejando este ensayo a criterio del lector. Así: “[Q]uisiera llamar la atención sobre la distinción entre principios socialistas y modos de organización socialistas. [...] Lo que denomino “igualdad de oportunidades socialista” es, como se ha expuesto aquí, un principio, [...] acerca del cual no he dicho qué modos de organización podrían satisfacerlo en general, y cuáles no. Y aunque el régimen sugerido de igual trabajo/igual salario estaría desde luego en contradicción con él, reconozco que los socialistas han sido partidarios de tales regímenes ...”. “En lo que sí debo insistir es en que tales sistemas contradicen los principios fundamentales que animan a los socialistas, una vez que se somete esos principios a una reflexión exhaustiva. Cuando se lo toma por sí solo, ningún principio fundamental de igualdad, o incluso de comunidad, defendible, garantiza tal sistema ...” (ver completo en Cohen, 2011, p. 22-23.).

Fatauros, Cristián, (2013). “Justicia y fraternidad social. ¿Qué ética individual exige la justicia socialista?”. *Discusiones: Comunidad, perdón y justicia*, 12 (1), 103-117.

Gargarella, Roberto(1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.

Guibourg, Ricardo, Echaave, Delia T., Urquijo, María E., (2008). *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea.

Kymlicka, Will (1995). *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona: Ariel.

Lizárraga, Fernando (2011). “Rawls, la estructura básica y el comunismo”. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto de Filosofía*, 44, 115-137.

Lizárraga, Fernando (2014). “Los límites del igualitarismo liberal de John Rawls”. *Revista de la Facultad. Estudios Sociales, General Roca-RN, Publifadecs*, 21, (19), 201-230.

Lizárraga, Fernando (2016). “Teoría política y diseño institucional. Principios e instituciones en la tradición liberal y socialista, [diapositivas]”. Recuperado de http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/61949/mod_resource/content/1/Diapositivas.pdf.

Moreso, Juan José (2006). *La constitucionalización del Principio de Diferencia, Rawls post Rawls*. Buenos Aires, Universidad Nacional del Quilmes: Prometeo.

Nino, Carlos (2007). *Las concepciones fundamentales del liberalismo, Derecho moral y política. Fundamentos del liberalismo político*. Barcelona: Gedisa.

Rawls, John 2000 [1971]). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, John (2004). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Buenos Aires: Paidós.

Weston, Anthony (2006). *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

LA CURVA DE LAFFER COMO PARÁMETRO DE CONFISCATORIEDAD TRIBUTARIA

THE LAFFER CURVE AS A PARAMETER OF CONFISCATORY TAXATION

Juan Ignacio Ibañez

Universidad Nacional de Córdoba - Universität Hamburg-Aix-Marseille Université

juan.ibanez@emle.eu

Recibido: 29.12.17

Aprobado: 3.5.18

Resumen: Establecer criterios concretos de confiscatoriedad tributaria es una exigencia de la doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad, la cual regula el accionar estatal. No hacerlo (i.e. limitarse a considerar la confiscatoriedad como un *concepto jurídico indeterminado*) equivale a otorgar al Estado un margen de discrecionalidad excesivo. Partiendo de la noción de que consiguientemente el jurista tiene el deber de explorar indicadores de confiscatoriedad para así limitar el comportamiento abusivo del Estado, el presente trabajo argumenta que es posible determinar la confiscatoriedad de un impuesto a través de la estimación empírica de la curva de Laffer. Concretamente, argumentamos que un impuesto cuyo impacto recaudatorio se halle a la derecha del *punto de saturación* de dicha curva debe presumirse como confiscatorio. El fundamento de esta afirmación se encuentra en que el principio de no confiscatoriedad se deriva lógicamente de la racionalidad misma de la tributación y de la función social del derecho de propiedad privada. Empero, hallarse a la izquierda de este punto no implica una demostración de no confiscatoriedad.

Palabras claves: curva de Laffer - confiscatoriedad tributaria - derecho de propiedad.

Abstract: *While individual action is subject to the rule “everything which is not forbidden is allowed”, public authorities are subject to the converse principle. Therefore, this precept demands the establishment of concrete criteria of confiscatory taxation. Otherwise (i.e. considering confiscation an “indeterminate legal concept”), excessively discretionary powers are conceded to the State. It then follows that the legal scholar has a duty to explore indicators of confiscatory taxation in order to limit the abusive behavior of the State. Drawing from this notion, this paper argues that it is possible to determine whether a tax is confiscatory through the empirical estimation of the Laffer curve. Concretely, we argue that there is a presumption of confiscatory taxation whenever a tax’s effect is situated to the right of the revenue-maximizing point of the curve. This is a consequence of the rationality of taxation and the social function of the right to private property. However, if the effect is located to the left of such point, this constitutes no demonstration of non-confiscatory taxation.*

Keywords: *Laffer curve - confiscatory taxation - property rights.*

Introducción

El principio de no confiscatoriedad es uno de los preceptos normativos fundamentales del derecho tributario. Ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia³¹ y se encuentra implícito en la Constitución Nacional, a través de los artículos 17 (derecho de propiedad privada, prohibición de la pena de confiscación) y 28 (garantía innominada de razonabilidad). Asimismo, se halla explícito en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 51), la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (artículo 92), la Constitución de la Provincia de Río Negro (artículo 94) e instrumentos extranjeros tales como la constitución española (artículo 31.1).

Sin embargo, el contenido concreto del concepto de *confiscatoriedad* resulta nebuloso. Naturalmente, la excesiva tarea de zanjar la extensa discusión al respecto no será la empresa de este trabajo. No obstante, el propósito del mismo es elaborar reflexiones que otorguen a jueces y abogados herramientas analíticas para tratar el tópico con mayor profundidad.

En este sentido, se explorará la función conocida como *curva de Laffer* como indicador de confiscatoriedad. Adelantando la conclusión arribada al respecto, argumentamos que todo impuesto cuyo efecto recaudatorio se ubique a la derecha del vértice superior de dicha curva constituye un impuesto confiscatorio o, al menos, afectado por una fuerte presunción de confiscatoriedad. A lo largo del presente artículo se desarrollarán los argumentos que sostienen esta afirmación.

Con este propósito, este trabajo sigue una metodología de argumentación y exposición jurídica (fundamentada en una tarea de revisión bibliográfica y jurisprudencial), informada por teoría económica. Si bien la curva de Laffer es tradicionalmente asociada con la Economía de la Oferta, hemos preferido acudir a categorías propias de la Escuela Austríaca de Economía, pues la importancia que su método praxeológico asigna al análisis lógico-deductivo y a la acción humana individual resulta particularmente compatible con la técnica jurídica. Asimismo, es relevante para la exégesis constitucional, dado que la Constitución argentina nutre su pensamiento crematístico a partir de su ascendiente, la Escuela Clásica de Economía.

La estructura de este escrito comienza por realizar una exposición del contenido del principio de no confiscatoriedad, su importancia e implicancias. A continuación, se desarrollan algunos de los fundamentos sociales del derecho de propiedad privada en la ideología liberal de la Constitución, y se extraen consecuencias jurídico-tributarias de ello. Luego, se ofrece un argumento para sostener el potencial rol indiciario que la curva de Laffer puede jugar respecto de la confiscatoriedad. Subsiguientemente, se presentan estrategias de investigación empírica de la curva, y se anticipan objeciones. Finalmente, los puntos principales del trabajo son condensados y resumidos a modo de conclusión.

³¹ Fallos CSJN, “Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo”, julio 3-009, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 332, entrega segunda, 1571-1593; CSJN, “Giménez Fauvety y otros s/ demanda de inconstitucionalidad”, octubre 30-957, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 239, entrega primera, 157-163; CSJN, “Gómez Alzaga, Martín Bosco c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ inconstitucionalidad”, diciembre 21-999, Revista Impuestos, 200-A, 703; CSJN, “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ ordinario (repetición)”, mayo 4-995, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 318, entrega primera, 676-821; CSJN, “Montarcé, Marcelo c/. Dirección Nacional de Aduanas”, septiembre 17-974, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 289, entrega primera, 443-445; CSJN, “Ocampo, Carlos Vicente”, marzo 2-956, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 234, entrega segunda, 129-139; CSJN, “Synge, Kathleen Frances Anne”, septiembre 21-956, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 235, entrega primera, 883.

1. El principio de no confiscatoriedad

Siendo el tributo la imposición por el Estado de una prestación pecuniaria obligatoria destinada al sostén de las cargas públicas, la mera existencia de tributos parece colocarse en las antípodas del derecho de propiedad privada, de rango constitucional. Efectivamente, existen autores que siguen esta línea argumental³². Sin embargo, este razonamiento no es jurídicamente posible.

Esto se debe a que una interpretación sistemática de la Constitución Nacional exige armonizar la hermenéutica de las normas de modo tal que las mismas conserven su validez. Por lo tanto, si la Constitución distribuye potestades tributarias a diferentes niveles y poderes del Estado, debe concluirse que el sistema legal argentino presupone la existencia de un *principio de necesidad de los tributos* y su compatibilidad con el derecho de la propiedad³³.

Empero, el sistema jurídico exige otras cuestiones para que esta compatibilidad se perfeccione. En concreto, interesa el cumplimiento del principio de no confiscatoriedad (que se suma a los principios de capacidad contributiva, igualdad horizontal y vertical, generalidad, etc.).

No obstante, la Constitución y los otros instrumentos jurídicos que hemos mencionado no poseen directrices que permitan concretizar el asunto fundamental para hacer operativo este principio: qué significa que un tributo sea *confiscatorio*. La Real Academia Española define la confiscación como una apropiación por el Estado (de parte) del patrimonio de otra persona. En este sentido, todo impuesto sería confiscatorio, pues consiste precisamente en ello.

Pero una vez más, debemos remitirnos a la interpretación sistemática: la Constitución Nacional argentina requiere rechazar esta definición, pues ella presume la existencia (jurídica) de tributos no confiscatorios. La inexacta asimilación de *confiscación* con *decomiso* o *incautación* no es de utilidad en este contexto. Establecer la equivalencia de la confiscación con una expropiación sin compensación suficiente (Araguàs Galcerà, 2011, p.14), si bien más correcto, tampoco sirve prácticamente (y lleva a concluir que si bien no todo tributo es confiscatorio, todo impuesto lo es, lo cual también es hermenéuticamente inaceptable).

Así pues, la doctrina ha generado numerosas elaboraciones que intentaron servir de guías para el establecimiento de qué es lo confiscatorio. Entre ellas³⁴:

Que existe una identidad (o relación estrecha) entre confiscatoriedad y violación de la capacidad económica, capacidad contributiva o justicia tributaria (Valladares, 2014).

³² Véase una discusión extensa del tema en Mack (2006).

³³ Existen quienes alegan que la razón de esta compatibilidad yace en que el tributo es un prerrequisito del Estado de Derecho, el cual a su vez es un prerrequisito del derecho de propiedad (Alvear, 2011). Sin embargo, el asunto no es tan sencillo, pues de ser así debería tildarse de inconstitucional a todo tributo cuyo producido no sea destinado estrictamente al mantenimiento de los derechos de propiedad. Una vez más, para una fundamentación iusnaturalista del tributo, recomendamos la lectura de Mack (2006).

³⁴ Los mencionados no son los únicos razonamientos al respecto. Entre otros también se cuentan las nociones de: que existe confiscación a partir de cierta restricción del derecho al trabajo y la libertad de empresa; que la constante modificación de las normas tributarias lleva a un nivel de inestabilidad jurídica tal que puede tildarse de arbitrariedad, y una arbitraria restricción de la propiedad privada es sinónimo de confiscación; que el logro de recaudaciones marcadamente por encima de las previstas originalmente constituye una presunción de confiscatoriedad; que la multiplicación de contribuciones parafiscales constituye un indicio de confiscatoriedad (Valladares, 2014); que la confiscatoriedad se vincula a la *proporcionalidad* entre la magnitud del tributo y la de su hecho generador (Alvear, 2011); que se trata de una afectación *grave* del derecho de propiedad (Alvear, 2011), siendo la *razonabilidad* el parámetro de gravedad; que algún valor numérico específico es demostrativo de confiscatoriedad. Por ejemplo, una exacción cuyo valor exceda el 33% del valor de un inmueble heredado. Para un breve recorrido por referencias jurisprudenciales argentinas, véase Alvear (2011, p. 96).

Que la confiscatoriedad puede ser el producto de la acumulación de dos o más tributos, no confiscatorios individualmente, pero sí en conjunto (Alvear, 2011).

Que *confiscatoriedad* es un concepto jurídico indeterminado solamente precisable en el caso concreto (Castañeda, 2008, p. 308).

Que se produce confiscatoriedad cuando una *parte importante* (Alvear, 2011, p. 87) o sustancial de la renta o capital gravado (o su fuente) resulta absorbida. A este criterio ha recurrido numerosas veces la jurisprudencia argentina (Alvear, 2011, p. 98).

De entre estos criterios nos atañen particularmente los últimos dos. En cuanto a la consideración de confiscatoriedad como *concepto jurídico indeterminado*, tal vez sea cierto que es deseable etiquetarla de esta manera. No obstante, esta calificación conlleva riesgos; concretamente, el de un exceso de tolerancia con la potestad tributaria estatal.

El accionar individual se rige por la doctrina de la vinculación negativa del principio de legalidad: como regla general, lo que no está prohibido está permitido. Sin embargo, el accionar estatal no está gobernado por esta lógica libertaria. Por el contrario, el Estado sólo puede actuar en la medida expresa en que le haya sido concedida la facultad de hacerlo, y únicamente en la extensión y con las modalidades previstas en el sistema jurídico (doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad).

Tomar la posición contraria (suponer que el accionar del Estado es legítimo a menos que se encuentre prohibido) constituye un potencial avasallamiento de las libertades individuales y contradice el espíritu liberal de la Constitución Nacional Argentina. Mas la pasividad del jurista en el ámbito tributario frecuentemente resulta en algo que bien puede asimilarse a este resultado totalitario: una permisividad excesiva con la potestad tributaria del Estado.

Abundan ejemplos de inacción de jueces, juristas y abogados ante impuestos flagrantemente inconstitucionales. Basta recordar los tributos *de emergencia* que llegaron para quedarse. La excesiva indeterminación del concepto de confiscatoriedad agrava esta situación.

Por consiguiente, se sigue la deseabilidad de explorar maneras de concretizar la noción de tributo confiscatorio. En este sentido, los criterios previamente expuestos cumplen un importante rol. No obstante, su abstracción persiste, pues incluso haciendo uso de dichos parámetros, no solamente la confiscatoriedad tributaria debe determinarse en el caso concreto, sino que dicha determinación queda librada en buena medida al arbitrio del juez.

Por lo tanto, consideramos que establecer un criterio más preciso de confiscatoriedad constituiría un avance. Nuestro objetivo es proveer una nueva herramienta para esta meta, consistente en que, si bien la confiscatoriedad deba determinarse aún en el caso concreto, ello sea con un margen inferior de autonomía judicial. En esta dirección, es deseable una pretensión de científicidad, y que el *caso concreto* esté determinado no solamente por la situación patrimonial del sujeto tributario pasivo, sino también por características propias del tributo.

2. El derecho de propiedad y su función social en la perspectiva del constitucionalismo liberal; sus implicancias tributarias

Aunque sencilla, parece muy meritoria la conclusión de Azpitarte (2017). Frecuentemente cuando se dice *confiscatorio* no quiere significarse otra cosa que *abusivo*. Esta consideración merece

atención, pues en no en pocas ocasiones se da este uso al término. Ello podría explicar parcialmente la notoria falta de desarrollo del concepto por los tribunales (Azpitarte, 2017; Alvear, 2011; Castañeda, 2008), cuando no complicidad con la clase política.

Empero, remitirnos a la noción de abuso no resuelve la cuestión. No sólo la excesiva generalidad permanece, sino que esta equivalencia no es técnicamente correcta. En la operación de igualar *confiscación* con *abuso* se pierden las diferencias que existen entre los dos conceptos. De particular interés en este caso es la conexión de la idea de *confiscatoriedad* con la de *propiedad privada*, conexión que no puede trazarse desde el concepto de abuso.

A propósito de este vínculo, entra en juego el otro criterio sobredicho (último en nuestra lista): la relación de la confiscatoriedad con privaciones *sustanciales* de la propiedad. Luego, debemos definir qué significa *sustancial*. Es esto lo que hasta ahora tiene un contenido más o menos indeterminado (y acaba resolviéndose por referencia a otros indicadores). Nosotros, sin embargo, pretendemos proponer un criterio nuevo, complementario y más preciso.

En nuestra visión, es posible concretizar el contenido de una *privación sustancial de la propiedad* a partir de la noción de *función social de la propiedad*. Ello, porque si la propiedad privada lleva ínsita una función social que la fundamenta, entonces la confiscatoriedad también puede predicarse de afectaciones sustanciales de dicha función³⁵.

Por lo tanto, es menester preguntarse ¿reconoce la Constitución Nacional argentina una función social a la propiedad? Nuestra respuesta es un enfático sí.

Una línea de pensamiento muy popular (Levenzon, 2012) distingue una concepción *absoluta, napoleónica, liberal* o *lockeana* de la propiedad privada (como derecho sagrado y absoluto) de una concepción *consecuencialista*: la propiedad como algo a defender en tanto sea utilitariamente deseable y a limitar cuando no sea así. Hay además una tercera idea de propiedad como *derecho humano* vinculado a la dignidad, pero sólo predicable de bienes necesarios para la subsistencia. En este esquema, la *función social* de la propiedad es algo presente solamente en las últimas dos concepciones, pero no en la primera, pues su carácter *absoluto* excluye dicha función (ACIJ, 2014).

De acuerdo a este discurso dominante, la perspectiva *individualista* de 1853 excluía la posibilidad de una función social de la propiedad (con pocas excepciones), pero la reforma constitucional de 1949 la introdujo. Y, si bien la proclama de 1956 purgó la Constitución de 1949, esta función habría llegado a nuestros días a través de la reforma de 1994.

Ciertamente, la reforma constitucional de 1949 establecía la función social de la propiedad (artículo 38), entendiendo como tal una subordinación al bien común definido en términos de *justicia social* (conceptualizada a su vez de acuerdo a determinada ideología). Y también es verídico que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, a través del artículo 75 inciso 22) posibilita (no exige) la sumisión de la propiedad al *interés social*.

Empero, encontramos algunos problemas con esta clasificación. Para empezar, la noción que transmite la terminología del artículo 21 de la Convención Americana no es una idea de *función social* en el sentido *justicialista* antedicho, sino más bien una justificación de la facultad estatal de expropiar

³⁵ Esto exige una leve reconceptualización del término *confiscatoriedad*, entendido hasta ahora en términos puramente individuales. El ser humano vive en sociedad, hecho reconocido por autores de los más variados marcos teóricos (hecha la excepción de algunas variantes del anarquismo egoísta), y por lo tanto es posible concebir la violación de derechos individuales a través de una confiscatoriedad entendida en términos sociales.

y del deber de soportar cargas públicas como restricciones de la propiedad³⁶. En ese sentido, se trata de una noción de *función social de la propiedad* muy pobre: el interés social es entendido solamente como un límite al derecho de propiedad.

Nosotros presentamos un relato opuesto. Cuanto menos como regla general, *la quintaesencia de la función social de la propiedad no es limitar el derecho de propiedad*³⁷, sino *fundamentarlo*. En este sentido, la propiedad privada viene cimentada por una función social intrínseca a ella desde 1853. La reforma de 1949 planteó una reconceptualización explícita de dicha función, pero no *introdujo* el rol social de la propiedad. Este ya existía y subsiste hoy, en perspectiva liberal, a pesar de que la propiedad sea considerada un derecho absoluto.

Tal función social de la propiedad en la doctrina liberal que fundamenta nuestra Constitución se ve ilustrada de manera insoslayable por la obra de Jean-Baptiste Say, de quien Juan Bautista Alberdi (1854, p. 4) sostuvo que constituye el “apóstol más lúcido” y el “expositor más brillante” de la escuela de la libertad a la que “pertenece la doctrina económica de la Constitución Nacional Argentina”. Say “enfaticaba que la condición primaria de la sociedad es la propiedad privada (...) necesaria para el correcto funcionamiento de la sociedad” (Gabriel, 2007). En tanto, en su Sistema Económico y Rentístico, Alberdi (1854) plantea a su vez que la propiedad privada es la piedra fundamental para el desarrollo de la riqueza nacional, objetivo previsto en el Preámbulo de la Constitución.

Incluso los autores que llevaron esta doctrina liberal hasta sus últimas consecuencias fundamentan explícitamente el reconocimiento de la propiedad privada en una función social conducente a la prosperidad general (Mises, 1940, p. 322, 773-782; 1958, p. 17). El propio Hans-Hermann Hoppe (2004), con su teoría presuposicionalista de la propiedad³⁸, la plantea como una solución al problema del orden social y la escasez³⁹.

En conclusión, si bien el liberalismo concibe a la propiedad privada como un derecho absoluto sin el cual no existe libertad (Gómez y Korine, 2008, p. 25), este derecho al mismo tiempo se explica por una función social⁴⁰. Simplificando, puede aseverarse que el rol social de la propiedad privada tiene que ver con promover el uso productivo de los recursos. Esto no es solamente un ejercicio intelectual, sino que tiene cierto respaldo jurisprudencial en la CSJN.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso Masón de Gil (CSJN, “Masón de Gil, Malvina v. Municipalidad de Santa Rosa”, abril 12-943, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 195, 270-318), donde se vincula la confiscatoriedad con

³⁶ Este parece ser el espíritu que guía la jurisprudencia internacional existente en la materia. El tribunal constitucional español (Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:1983:111”, diciembre 2-983, Boletín Oficial Español 298, <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/239>) estableció que el derecho de propiedad es un “derecho subjetivo debilitado, toda vez que se encuentra supeditado al interés público (...) el interés social legitima a la expropiación” (Llorente, 2006, p. 536 en Alvear, 2011, p. 83). Entretanto, el tribunal constitucional peruano mantuvo que la función social sólo se predica de los bienes de producción o de servicio público, no así a los bienes de consumo o a los bienes de utilidad estrictamente privada (Expediente No. 009-2003-AI/TC en Alvear, 2011: 84), con lo cual insinúa una visión no liberal de la noción de función social.

³⁷ Ello contradeciría el propio espíritu de la Constitución en su visión alberdiana (Brown, 1993, p. 72).

³⁸ En la visión de Hoppe, la propiedad es una “presuposición originaria”. Pronunciarse a favor o en contra de ella requiere una justificación argumental. Sin embargo, dicha justificación argumental demanda la apropiación exclusiva de medios escasos (el propio cuerpo, el espacio donde uno se ubica) como prerrequisito. Luego, por aplicación de la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*, el interlocutor siempre reconoce el derecho de propiedad. Esta doctrina constituye una profundización de la “refutación del comunismo universal” de dichos medios escasos realizada por Rothbard (Hoppe, 2004, p. 8).

³⁹ Al respecto véanse también Dun (2015) y Kinsella (2016).

⁴⁰ El mismo criterio sigue el tribunal constitucional alemán (Tribunal Constitucional Alemán, “BVerfG, 2 BvL 37/91”, junio 22-995, Das Fallrecht, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093121.html>), parágrafo 52.

la improductividad. Similarmente, en el caso Don Miguel Lacoste (CSJN, “Don Miguel Lacoste contra la provincia de Buenos Aires, sobre repetición de pago e inconstitucionalidad de ley”, mayo 4-933, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, volumen 170, entrega primera, 185-185) se argumenta que un propietario forzado a vender o dejar ejecutar su propiedad por razones tributarias padece una hipótesis de confiscatoriedad (Alvear, 2011). Verse forzado a vender una propiedad es el caso de confiscatoriedad por antonomasia. Constituye el *summum* del abandono de la actividad productiva para la satisfacción de la voracidad fiscal.

Así, se va configurando una intuición inicial: si el sistema tributario es confiscatorio, atenta contra la productividad social; y en tanto más atente contra ella, más posible es que se trate de un esquema confiscatorio. Existen otras razones para fundamentar esta postura:

La tributación presupone la propiedad (la hipótesis que hemos cuestionado en la tercera nota al pie es la inversa: que la propiedad presuponga la tributación). Sostener la existencia de un *deber de contribuir* del individuo con su patrimonio exige reconocer previamente un derecho de propiedad sobre el mismo. Es decir, exigir el pago de tributos presupone reconocer el derecho a la propiedad privada. Con ello, se admite además la función social-productiva de la propiedad intrínseca a ella. Por lo tanto, afirmar la potestad tributaria del Estado implica afirmar simultáneamente la confiscatoriedad de tributos que resulten en situaciones de sustancial improductividad social, y con ello su inconstitucionalidad.

Los tributos se establecen, como establece el Preámbulo de la Constitución, para *promover el bienestar general*. Bienestar que, por cierto, el legislador vinculaba claramente con una sociedad productiva y con crecimiento económico (artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional). Los conceptos de *utilidad nacional, seguridad común, bien general, desarrollo y calidad de vida* reaparecen también como fundamento de tributos en los artículos 4 y 75 inciso 2 de la Constitución. Si la potestad tributaria es ejercida de manera sustancialmente contraria a sus fundamentos, puede ser considerada inconstitucional.

Los tributos se fundamentan en un deber de contribución. Ello implica que la contribución es un valor a maximizar por el tributo. Por tanto, un impuesto tan alto que reduzca las recaudaciones totales en lugar de aumentarlas contradice su propio fundamento, en virtud del cual se otorga la potestad tributaria (argumento expandido en la siguiente sección).

El impacto de los tributos en la productividad social hace a la racionalidad de los mismos, y se puede argumentar que un tributo sustancialmente irracional es inconstitucional. Por caso, Sainz de Bujanda (1987, p. 6 en Araguàs Galcerà, 2011, p. 11) sostiene que la contribución del tributo al desarrollo nacional no es su única *ratio legis*, sino que existen otras guías valorativas, como la justicia. “Un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo”. Coincidimos en ello, pero desmenuzando el propio razonamiento de Bujanda mediante una inducción hacia atrás, debemos admitir que, si afirmamos la justicia del sistema tributario, debemos exigir también su racionalidad.

Y ¿cómo definir la racionalidad? Conviene citar aquí a Araguàs Galcerà (2011, p. 15):

“El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria se identifica con el deber del legislador tributario de no establecer tributos que provoquen una situación irracional, anulando las posibilidades de actuación económica del sujeto, cuya situación económica debe estar lo más próxima posible al resultado de su iniciativa y nunca por debajo de su contribución al sostenimiento de los gastos públicos”.

Las posibilidades de actuación económica del sujeto están dadas por el impacto social de un

tributo. Si el efecto económico de este es netamente destructivo, no cabe duda que se incurre en la situación irracional antedicha.

Vale la pena destacar que un similar criterio fue seguido por el tribunal constitucional peruano, el cual, en ocasión de destacar la razón por la cual se protegen los derechos de propiedad mediante inscripciones en registros públicos, afirma que a través de ello “el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo” (Expediente No. 0016-2002-AI/TC en Alvear, 2011, p. 85).

Lo propio hizo el tribunal constitucional alemán (Tribunal Constitucional Alemán, “BVerfG, 2 BvL 37/91”, junio 22-995, Das Fallrecht, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093121.html>), planteando que perteneciendo la Constitución a un “orden liberal”, el financiamiento del Estado precisa el previo éxito del negocio privado (parágrafo 42), para luego afirmar que la constitucionalidad de un impuesto está determinada por su capacidad de servir al bien común (parágrafos 61 y 79) teniendo en cuenta circunstancias económicas (*a contrario sensu* de la disidencia, parágrafo 99). Nuestra interpretación, como la de Araguàs Galcerà (2011, p. 15), es que se trata, precisamente, de un fundamento del principio de no confiscatoriedad en la función social de la propiedad, reconocida en el artículo 14.2 de la Constitución Alemana⁴¹.

Al decir del tribunal constitucional español (Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:1990:150”, octubre 4-990, Boletín Oficial Español 266, <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/1575> en Araguàs Galcerà, 2011, p. 16), “la prohibición de confiscatoriedad supone incorporar otra exigencia lógica que obliga a no agotar la riqueza imponible sustrato, base o exigencia de toda imposición”.

En este sentido, si un tributo socava tan gravemente la capacidad de generar riqueza de la población, de manera que es irracional de acuerdo a su propia razón de ser, se configura un “efecto estrangulador” (Herrera Molina, 1996, p. 1045-1046) que origina una hipótesis de inconstitucionalidad por desproporción con respecto a la finalidad.

Hasta ahora hemos desarrollado y respaldado nuestra intuición de que la confiscatoriedad se puede dar por un tributo tal de dimensión que su efecto sea privar a la propiedad privada de cumplir con su propia función social. Esta *confiscatoriedad social* interesa porque otorga un nuevo parámetro para evaluar el tributo: su impacto en la actividad económica en general y en la recaudación en particular. Si encontramos una herramienta analítica que permita estimar empíricamente casos claros de confiscatoriedad así entendida, este elemento indiciario mejorará las posibilidades de impugnar la constitucionalidad de un tributo del contribuyente que desee hacerlo. Creemos que esa herramienta se encuentra en la curva de Laffer.

3. La curva de Laffer

Araguàs Galcerà (2011, p. 21) afirma que hay “en el marco de un sistema jurídico de base económica capitalista, una relación necesaria entre el derecho de propiedad individual reconocido a los sujetos de derecho y el deber de los mismos a contribuir al sostenimiento del Estado mediante el sistema tributario”. Ciertamente, es jurídicamente correcto que el fundamento del impuesto se

⁴¹ Asimismo, de acuerdo a Araguàs Galcerà (2011, p. 16) es una conceptualización mucho más útil que aquellas como la de la jurisprudencia española, que no aporta “prácticamente nada a la definición de la prohibición constitucional de confiscatoriedad en la materia tributaria”.

encuentra en un *deber de contribuir*. Ahora bien, siendo esto así, lógicamente se sigue que la contribución a las cargas públicas se considera un valor a maximizar. Esto no implica que los tributos deban diseñarse para extraer la máxima renta posible a los ciudadanos⁴², sino que todo aumento de la carga tributaria que acaba *reduciendo* la contribución a las cargas públicas contradice la justificación misma de la potestad tributaria.

Es decir, el tributo tiene un límite lógico, dado por el punto a partir del cual una mayor presión tributaria no aumenta la recaudación, pero sí destruye capital. Exceder este límite implica incurrir en una hipótesis de inconstitucionalidad por confiscatoriedad (entendida a partir de la función social de la propiedad) así como por irracionalidad (contradicción con la propia finalidad implícita en el tributo y explícita en el Preámbulo de la Constitución).

En la ciencia económica se ha realizado una reflexión análoga, pero a partir de consideraciones de pura eficiencia, en lugar de confiscatoriedad, constitucionalidad o justicia⁴³. El concepto con el que este análisis cobra forma es la llamada *curva de Laffer*. No es la primera vez que se hace referencia a esta curva en el contexto de la discusión por la confiscatoriedad tributaria, pero la mención es siempre tangencial y la relación entre una y otra nunca se trata. Nuestro objetivo es desarrollar el razonamiento del cual se deriva dicha conexión.

Existe una intuición básica a la hora de discutir la confiscatoriedad. Como regla general, una presión impositiva de 100% es confiscatoria (Araguàs Galcerà, 2011, p. 17) y una del 0% no lo es. Una intuición muy similar guía la idea de la curva de Laffer: una presión impositiva del 0% lleva a una recaudación nula, pero una del 100% en el largo plazo también. La razón radica en que como von Mises (1940, p. 13) afirma, la acción humana sólo puede tener lugar con el propósito de sustituir un estado de cosas menos satisfactorio por otro más satisfactorio. Si a un individuo se le priva por completo de aquel estado más satisfactorio (i.e. la presión impositiva, en términos económico-praxeológicos, es del 100%) la acción no puede tener lugar.

En otras palabras, una presión impositiva del 100% remueve todo incentivo para la actividad económica (hecho imponible), por lo cual la recaudación será de 0. Ahora bien, la realidad muestra que ante niveles de presión tributaria que oscilan entre 0% y 100%, la recaudación es mayor que 0. Por lo tanto, a medida que el tributo aumenta, la recaudación también lo hará. Sin embargo, la pendiente de la curva será decreciente. Es decir, cada nuevo aumento marginal de la presión impositiva resultará en un aumento marginal de la recaudación cada vez menor, hasta que eventualmente un aumento de la presión tributaria no resulte en ningún nuevo ingreso. El punto en que esto se vuelva realidad será de pendiente igual a cero, es decir, el punto máximo de la curva de Laffer, en el cual la presión impositiva que maximiza la recaudación (t^*) resulta en la máxima recaudación posible (R^*). En esto consiste la curva de Laffer (**Error! Reference source not found.**):

⁴² Volveremos a esto más adelante, en nuestra argumentación de la imposibilidad de utilizar a la curva de Laffer para construir una presunción positiva de constitucionalidad.

⁴³ Excepción hecha de Lévy-Garboua et al (2008), que tras estudios empíricos desde una perspectiva de psicología económica conductista plantean el vínculo entre la curva de Laffer y las nociones sociales de justicia.

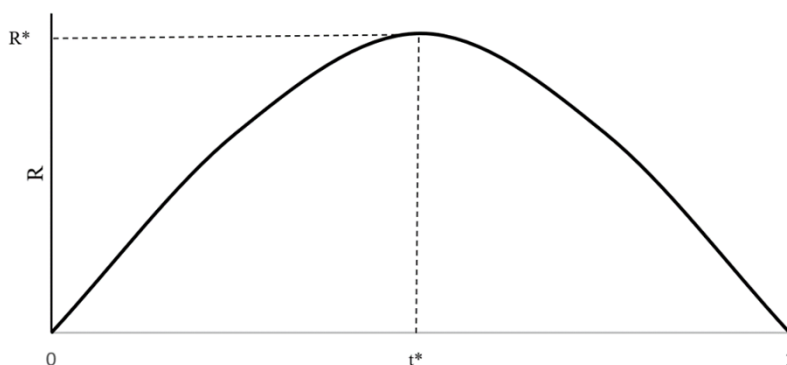


Figura 1: Curva de Laffer

En otras palabras, a lo largo de la curva de Laffer hay dos efectos en juego: un efecto aritmético (un aumento de la presión impositiva implica más recaudación) y un efecto económico (el incremento de un impuesto asociado a determinada actividad económica produce un encarecimiento relativo de la misma y un abaratamiento relativo del ocio⁴⁴). El vértice superior de la curva de Laffer es el punto a partir del cual el efecto económico domina al aritmético (Ezquero, 2007, p. 175). A este punto a partir del cual un aumento adicional del tributo la recaudación no aumenta, dado por t^* , se le denomina *punto de saturación de Laffer*⁴⁵ (Rallo, 2013). Todas las alícuotas ubicadas a su derecha producirán una caída en la recaudación.

En base a lo planteado anteriormente, la conclusión asoma con claridad: inexorablemente, todo tipo impositivo a la derecha del punto de saturación de Laffer debe considerarse inconstitucional. Una presión a la derecha de t^* es confiscatoria, por cuanto es tan excesiva que la propiedad deja de cumplir su función social y no es utilizada para generar riqueza.

Ahora bien ¿por qué elegir el punto t^* ? El efecto económico o destructor de riqueza es común a todos los tributos, incluso si la alícuota se encuentra a la izquierda de t^* , porque, por definición, un tributo implica asignar recursos a un sector social menos productivo (el gobierno); pues, si fuera más productivo, adquiriría los mismos como actor privado vía transacciones voluntarias (las cuales siempre, también por definición, constituyen mejoras de Pareto) en el mercado (Rothbard, 1985; Coase, 1960). Pues bien, esto no necesariamente es inconstitucional porque desde algunos marcos ideológicos, estas pérdidas de productividad pueden considerarse justificadas (*trade-off entre eficiencia y equidad* en jerga económica).

Desde ciertas perspectivas (de las cuales tal vez se podría argumentar que también corresponden a la ideología constitucional) la destrucción de riqueza generada por un tributo se ve justificada porque el tributo provee al Estado de fondos que le permiten emprender determinadas políticas beneficiosas para la sociedad en su conjunto. Pero, a partir del punto t^* la recaudación del Estado no hace más que desplomarse y este argumento también se cae, pues la capacidad de emprender esas políticas se reduce en lugar de aumentar. El único efecto del tributo pasa a ser la destrucción de riqueza, no habiendo

⁴⁴ En rigor, no sólo hay un abaratamiento del ocio sino un incremento de los beneficios de la evasión tributaria. Siendo la evasión un delito, difícilmente lo ilegal pueda fundamentar un razonamiento jurídico. Por ello, idealmente, el método de estimación empírica de la curva a utilizar debería poder estimar y sustraer el efecto de la evasión en la curva. Esta es una de las fortalezas de la técnica de Piketty (2012), mencionada más adelante, y la literatura por él citada, que además distinguen la evitación legítima del pago de impuestos (la mayoría de los supuestos de *tax avoidance*) de la evasión.

⁴⁵ El punto t^* no necesariamente refiere a una alícuota de 0,5 (50%). La distribución de la curva de Laffer no necesariamente es normal ni de mediana 0,5. Puede estar corrida a la derecha o a la izquierda. Pero, por lo general, se acepta que es relativamente cóncava (forma de U invertida). Este punto será puesto en cuestión más adelante.

justificación ideológica posible⁴⁶.

Una alícuota tributaria a la derecha de t^* tiene un efecto destructor de riqueza tan importante que la propiedad deja de cumplir su función social: tanto la de ser una herramienta para proveer al bienestar general mediante la actividad económica de los individuos (perspectiva más liberal) en cuya cabeza se encuentra, como la de beneficiar al Estado que indirectamente participará a la sociedad de dicho beneficio mediante políticas públicas (visión menos liberal).

En los términos antes planteados, todo punto a la derecha de t^* es irracional y por consiguiente contrario a la Constitución. No se trata simplemente de una decisión *política* o de conveniencia, no sujeta a revisión judicial. Se trata de una confiscación que además es violatoria del principio de legalidad. El Estado sólo está autorizado a establecer tributos cuando esto pueda proveer al bienestar general y esto es *imposible* que ocurra en esta situación.

Dado que la promoción del bienestar general es un imperativo constitucional, si una misma recaudación puede obtenerse de dos diferentes niveles de presión fiscal, debe optarse por aquel que permita a los sujetos pasivos mantener el máximo nivel de vida posible. Veamos nuevamente el gráfico que ilustra la Curva de Laffer (

Figura 2). Se observa que para dos distintas alícuotas impositivas (t_1 y t_2) la recaudación es la misma. Sin embargo, el nivel de actividad económica (y luego, bienestar social) que resulta de ambos, difiere. Para la alícuota impositiva más alta, la sociedad se empobrece, sin que con ello aumente la capacidad de acción del Estado. Más aún, tanto sociedad como Estado se enriquecerían de reducir la alícuota.

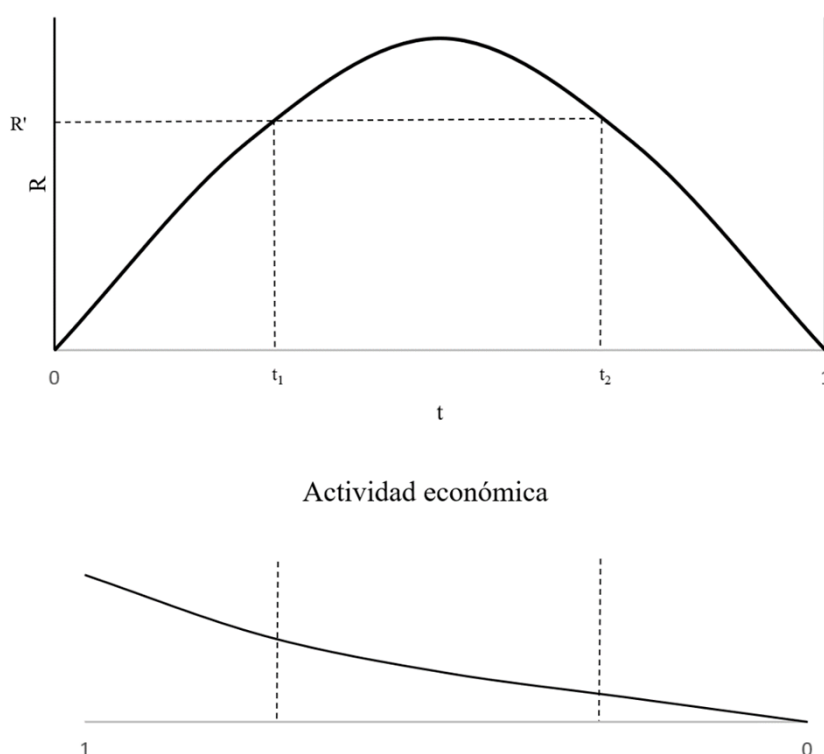


Figura 2: Curva de Laffer II

⁴⁶ Excepto en el caso de los tributos con finalidades extrafiscales, tratados más adelante.

De todas las lecturas de la Constitución Nacional que hemos realizado (función social de la propiedad en perspectiva liberal, exigencia de la tributación como orientada al bienestar general, doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad, exigencia de racionalidad, presuposición del desvalor de las contribuciones inferiores al óptimo en el deber de contribuir) surge en nuestra opinión de forma prístina una prohibición implícita de establecer alícuotas tan altas que se encuentren a la derecha de t^* . En este contexto, una alícuota tributaria equivalente a t_2 debe considerarse inconstitucional.

Y, pues, dado que la curva de Laffer se puede estimar empíricamente, el efecto de un tributo puede medirse. Luego, por todas las razones elaboradas, entendemos que de comprobarse que una alícuota (o la alícuota cumulativa de un grupo de tributos, actuando en conjunto) se halla a la derecha de t^* , una correcta interpretación de la Constitución demanda considerar establecida al menos una presunción de inconstitucionalidad.

4. Estimación empírica de la confiscatoriedad

Nuestra idea de que la curva de Laffer constituye un indicio sobre la base del cual se puede fundar una presunción de constitucionalidad exige que este indicador pueda ser construido de alguna forma medianamente útil (que el punto t^* pueda ser estimado o aproximado). Un recorrido por la literatura existente indica que, con claridad, sí lo es. La evidencia es robusta.

Una de las formas de hacerlo es mediante estudios *retrospectivos*. Es decir, observando la relación entre alícuotas impositivas y recaudación a lo largo del tiempo mediante series históricas. Fernandes Espanhol (2014) combina esta técnica con la utilización del método de regresiones aparentemente no relacionadas para estimar las curvas de Laffer de la Eurozona⁴⁷. Esta es una buena aproximación, aunque podría perder valor convictivo ante un cambio en las condiciones de la economía en general. Pero existen otras alternativas.

Lordemann y Farrel (2015) plantean una forma de estimar la curva de Laffer mediante un diseño experimental con un estudio de campo. Se selecciona un grupo lo bastante grande para obtener resultados estadísticamente significativos (120 personas) y representativo del mercado laboral, dividido en 6 grupos (2 de ingreso alto, 2 de ingreso medio y 2 de ingreso bajo, siendo el propósito comparar cómo varían los comportamientos tributarios entre grupos) y se plantea un *torneo* en el cual sólo puede ganar un jugador por grupo. El ingreso por grupo es tomado como fijo, los jugadores tienen la posibilidad de elegir su pago efectivo y se van modificando las probabilidades de fiscalización y las alícuotas impositivas. El resultado, aunque tiene algunas limitaciones⁴⁸, permite la construcción de una curva de Laffer empírica para cada grupo económico (en consonancia con el principio de progresividad, el punto de saturación de Laffer resulta estar más a la izquierda para los grupos más desfavorecidos económicamente).

⁴⁷ Similares técnicas aplican Arroyo Ponce (2017), Bejarano Navarro (2008), Brill y Hassett (2007), Espiritu Ventocilla (2011), Feige y McGee (1983), Hansson y Stuart (2003), Hsing (1996), Matthews (2003), Oliveira (2013), Ravestein y Vijlbrief (1988) y Trabandt y Uhlig (2011).

⁴⁸ Tomar el ingreso como exógeno constituye una limitación, pues equivale a subestimar el efecto económico de un aumento x de la alícuota impositiva. Es decir, el punto de saturación de Laffer podría estar más a la izquierda de lo que revela el experimento. Sin embargo, podría no ser así, por lo que no deberíamos suponer que t^* se encuentra a la izquierda de lo que marca el ensayo. Ello, porque podríamos incurrir en una *falacia del celofán*: ignorar que el ingreso de cada grupo muestral en la actualidad ya se encuentra reducido por la alícuota impositiva que ya existe. Corregir por este efecto implicaría desplazar t^* hacia la derecha, tal vez incluso compensando el efecto hacia la izquierda de no tomar el ingreso como exógeno.

Otras metodologías son aplicadas por Piketty (2012) mediante el estudio de elasticidades e ingreso disponible, y Boscá, Doménech y Ferri (2017) vía aplicación del modelo de expectativas racionales adaptado al caso español, también utilizado por Analistas Económicos de Andalucía (2008). Por su parte, Pascual Cruz Mora (2016) contrasta resultados en diferentes jurisdicciones (en el espacio en lugar del tiempo) para construir simulaciones de ingresos potenciales para diferentes alícuotas impositivas.

En conclusión, sí es posible determinar si una alícuota se halla en el lado derecho de la curva de Laffer, reforzándose la causa por su inclusión en la discusión constitucional tributaria.

5. Imposibilidad de un argumento a contrario: los puntos a la izquierda del punto de saturación de Laffer también pueden ser confiscatorios

Ahora bien, el lector tal vez pueda reflexionar que, si un tributo que encuentra su alícuota a la derecha de t^* es inconstitucional, entonces uno que la encuentre a su izquierda está en línea con la Constitución (o al menos existe una presunción en favor de ello). Esto no es así.

Se trata de un *non sequitur*. La tributación estatal destruye riqueza siempre (efecto económico), y (casi) siempre va en desmedro de la función social de la propiedad en perspectiva liberal. El punto t^* simplemente otorga una pauta objetiva a partir de la cual se tiene la *seguridad* de que el efecto destructivo de riqueza no viene justificado por ninguna otra bondad: un parámetro a partir del cual se sabe con certeza que, a causa del tributo, la propiedad no solamente no cumple con su función social en perspectiva liberal sino también en perspectiva iliberal.

Asimismo, la pretensión de este trabajo ha sido mucho más modesta de lo que este argumento exige asumir. En nuestra propuesta, la curva de Laffer y su punto de saturación son meras herramientas *complementarias* de criterios ya existentes para el establecimiento de la inconstitucionalidad por confiscatoriedad. Dichos criterios (posiblemente presentes toda vez que una alícuota se halle a la derecha de t^*) no se ven desvirtuados por el argumento a contrario.

Además, es posible pensar impuestos claramente confiscatorios que se encuentran indefectiblemente a la izquierda de t^* . Un ejemplo a este respecto está dado por algunos tributos con finalidades extrafiscales, como proteger la salud de la población. Este es el caso, v.g. de los impuestos al tabaco. Siendo la función de demanda de cigarrillos muy *inelástica*, los consumidores estarán dispuestos a seguir consumiéndolos (casi) en la misma cantidad aún si su precio se duplica o triplica (alícuotas superiores a 100%).

Por lo tanto, en todo lo que podemos denominar como el *rango relevante* de la curva de Laffer, la función de recaudación no será cóncava sino creciente. Por lo tanto, no se podrá determinar jamás un máximo⁴⁹ y todas las alícuotas se hallarán a la izquierda de t^* , como muestra el gráfico a

⁴⁹ El máximo de una función se encuentra realizando la primera derivada de la misma e igualándola a 0, provisto que el resultado de la segunda derivada sea menor que 0. En una función cóncava esto no resulta un problema:

$$f(t) = 20t - 2t^2$$

$$f'(t) = 20 - 4t$$

$$0 = 20 - 4t$$

$$t = 5$$

$$f''(t) = -2$$

Dado que la segunda derivada de esta función es menor que 0, podemos afirmar que el punto de saturación de Laffer se encuentra en una alícuota impositiva de 5 (el número es arbitrario).

continuación (Figura 3). Ello incluye a alícuotas del 100% y más, las cuales son consideradas como confiscatorias tanto en las Ciencias Económicas como en el Derecho (Herrera Molina, 1996, p. 1044; Courchene, 2004; Courchene, 2005; Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:1990:150”, octubre 4-990, Boletín Oficial Español 266, <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/1575>).

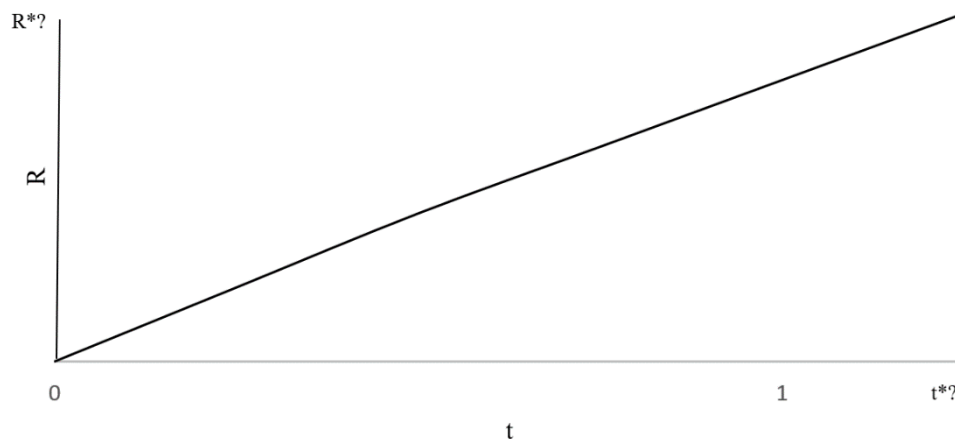


Figura 3: Curva de Laffer III

Ciertamente, el consenso sobre la confiscatoriedad de alícuotas del 100% refiere a alícuotas sobre la renta o el patrimonio, y no sobre el precio de un bien de consumo particular (como el cigarrillo). Sin embargo, ello no quita que las alícuotas puedan ser confiscatorias, si son lo bastante altas como para impactar de manera significativa en la renta de los individuos⁵⁰ o las empresas, o si son desproporcionadas, con lo cual nuestro punto se mantiene. Por consecuencia, es posible encontrar tributos confiscatorios cuya alícuota se ubique a la izquierda de t^* .

No obstante, los tributos con finalidades extrafiscales despiertan una nueva reflexión: que nuestro argumento sobre la función social de la propiedad en perspectiva liberal *no aplica* a los mismos. Se encuentra aquí un límite a la utilidad de la curva de Laffer como parámetro de confiscatoriedad. En la ideología original de la Constitución, los impuestos sirven al bien público de manera *indirecta*, siendo la fuente de las arcas públicas⁵¹. Por lo tanto, es posible derivar la irracionalidad de los mismos cuando un impuesto *reduce* dichas arcas. Sin embargo, varios de los tributos más modernos se hallan exentos del ámbito de validez de este argumento, pues pretenden servir al bien público de manera *directa*. Por lo tanto, su efecto sobre la recaudación es irrelevante. Como también se desprende de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán (Tribunal Constitucional Alemán, “BVerfG, 2 BvL

Sin embargo, si nos encontramos frente a una función creciente, lo que ocurre es lo siguiente:

$$f(t) = 2t^2$$

$$f'(t) = 4t$$

$$0 = 4t$$

A partir de aquí ya no podemos resolver la función y obtener un resultado que nos sea útil. Es decir, *no se puede hallar un máximo de una función creciente*. Y si no se puede hallar un máximo, todos los puntos del rango en cuestión están a la izquierda de t^* , el punto de saturación de Laffer.

Nótese que la función creciente que elegimos en esta nota al pie crece de manera geométrica, mientras que la que muestra el gráfico lo hace de manera aritmética. Los motivos radican únicamente en la simplicidad.

⁵⁰ Si 80% del precio de un cigarrillo es impuestos (Bidegaray, 2017) y un fumador gasta el 25% de su ingreso en cigarrillos (McKay et al, 2012), más del 20% de la renta de un individuo es absorbida por estos tributos. Es posible concebir exacciones hipotéticas del 33%, 50% o cualquier porcentaje que el lector considere sustancial.

Yglesias (2014) argumenta que la confiscatoriedad de los impuestos al tabaco no sólo existe, sino que es deseable.

⁵¹ Esto se ve reflejado en la definición utilizada en la apertura de la segunda sección este trabajo.

37/91”, junio 22-995, Das Fallrecht, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093121.html>, parágrafos 75 y ss.), los tributos con finalidad extrafiscal se hallan sujetos a una lógica diferente. Ello no quita que dichos tributos puedan ser confiscatorios, pero el establecimiento de dicha confiscatoriedad debe darse por aplicación de otros criterios⁵² (asimismo, no nada claro que la finalidad supuestamente no recaudatoria de muchos tributos lo sea, o lo sea en exclusividad).

Empero, admitir este límite a la funcionalidad de la curva de Laffer como parámetro de confiscatoriedad importa conceder su utilidad en lo demás. Así como para un tributo con finalidades extrafiscales una reducción de la recaudación como consecuencia de su imposición no genera inconsistencia alguna, sí la ocasiona para uno con propósitos fiscales. Todavía más: si un tributo con finalidades extrafiscales desincentiva una actividad (*indeseable*), uno con finalidades fiscales también lo hace, sólo que la actividad gravada es beneficiosa.

Por último, es menester destacar otros límites de la guía axiológica que puede prestar la curva de Laffer. La curva muestra una función de recaudación. Es decir, permite determinar el punto que maximiza los ingresos *para el Estado*. Sin embargo, esta maximización no es necesariamente deseable, pues se realiza a expensas de la riqueza individual del consumidor y la asignación *eficiente* de recursos propia del mercado. Por el contrario, contradice el espíritu liberal de la Constitución Nacional. Al decir de Jean Baptiste Colbert, ministro de finanzas de Luis XIV, el punto de saturación de Laffer es el punto en que se puede “desplumar al ganso para obtener la mayor cantidad de plumas con el menor número posible de graznidos”. Por consiguiente, para que un impuesto no sea confiscatorio en el espíritu de la Constitución argentina, seguramente deberá encontrarse marcadamente a la izquierda de t^* .⁵³

6. Anticipando objeciones: la estructura de capital y las declaraciones de inconstitucionalidad; la validez empírica de la curva de Laffer

Quisiéramos además puntualizar dos asuntos, buenos de prever para evitar confusiones. En primer lugar, alguien podría razonar que si un tributo puede ser declarado inconstitucional con base en nuestro argumento (i.e. que su alícuota o la alícuota cumulativa se halla a la derecha del punto de saturación de Laffer y por ende es confiscatorio), entonces de su declaración de inconstitucionalidad debería resultar un inmediato aumento de la recaudación estatal. De no ocurrir, se demuestra la falta de fundamentación de la declaración de inconstitucionalidad.

Razonar de esta manera sería plausible, pero constituiría un engaño. Esto se debe a que, para empezar, los efectos de la curva de Laffer no necesariamente son inmediatos (Rothbard, 1984). Además, dicho argumento soslayaría la complejidad de la estructura de capital de una sociedad y su evolución en el tiempo (Murphy, 2008). Una vez entrado en efecto el tributo en cuestión, el efecto de incentivos puede resultar en una destrucción de capital, o en *consumo* de capital (por ejemplo, mediante una reducción en su mantenimiento) o en la reasignación de recursos a otras áreas más productivas de la sociedad (*fugándose* el capital hacia ellas y no regresando con el cambio del esquema tributario en el corto plazo debido a que el capital no es tan fluido como suponen los modelos matemáticos).

⁵² Por caso, el tribunal constitucional español afirma que aunque los tributos pueden perseguir finalidades extrafiscales, la confiscatoriedad sigue siendo un límite a los mismos (Tribunal Constitucional Español, “ECLI:ES:TC:2017:26”, marzo 25-017, Boletín Oficial Español 72, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25265>). En similar posición se encuentra Ventola (2008).

⁵³ En este sentido, Mueller (2003) plantea que principios como el de “igualdad horizontal” no se justifican únicamente por razones de justicia (como podría parecer intuitivamente) sino también para *evitar la maximización de recaudación* estatal, que podría obtenerse mediante discriminación en precios.

Simplificando, una vez entrado en vigencia el impuesto confiscatorio, el daño al bienestar social se encuentra hecho y no necesariamente una suba de la recaudación debe esperarse en el corto o mediano plazo, pues el capital no es perfectamente móvil ni constante. Asimismo, la curva de Laffer no necesariamente adopta una forma perfectamente cóncava, con lo cual la anomalía de la función de recaudación puede complejizar la cuestión⁵⁴.

En segundo lugar, existen quienes han criticado a la curva de Laffer por su falta de verificación empírica (Burke, 2012; Krugman, 2014). Obviamente, si la existencia de esta curva fuera controversial, no estaría tan claro que puede ser utilizada como herramienta jurídica. Sin embargo, yace aquí un equívoco. La controversia respecto de la curva de Laffer no está dada por su existencia o no, puesto que la existencia de recaudaciones mayores a 0 con alícuotas mayores a 0% es autoevidente (Blinder, 1981), y la nula recaudación de 0 con alícuotas del 0% y 100% es una verdad lógico-praxeológica o *truismo matemático* (Peacock, 1989). Lo que estos críticos verdaderamente “denuncian” es el argumento de que los impuestos deban reducirse porque ello aumentará la recaudación. Ello no necesariamente es cierto, pues sólo es cierto si las alícuotas en cuestión se hallan a la derecha de t^* , algo reconocido incluso por los economistas más en favor de las reducciones de impuestos (Moore, 2014; Rallo, 2013). Es decir, bien entendida, la crítica empírica no es a la curva de Laffer misma. Sólo se cuestiona la idea de que, en un caso concreto, un país se halle en el *lado malo* de la misma (Bender, 1984; Blinder, 1981; Henderson, 1981; IGM Forum, 2012). Por lo tanto, los achaques en cuestión atañen únicamente a lo probatorio, pero la validez del argumento teórico permanece intacta.

Conclusión

Existe cierta actitud en la comunidad jurídica que podría calificarse de *pusilanimidad* respecto de los abusos tributarios del Estado. La doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad exige revertir esta postura, estableciendo parámetros claros que limiten la potestad tributaria de éste. Esta potestad puede tomar la forma de tributos confiscatorios, situación ante la cual, de momento, la comunidad jurídica no reacciona por tratarse de *decisiones políticas* y ser la confiscatoriedad un *concepto jurídico indeterminado*.

Sin embargo, hemos presentado un argumento de acuerdo al cual esto no necesariamente debe ser así. De acuerdo al espíritu de nuestra Constitución Nacional, el derecho de propiedad, “poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien” (Alvear, 2011, p. 80), se ve *justificado* (y no necesariamente limitado) por una función social. Una afectación sustancial a la función social de la misma (en contradicción con el espíritu de progreso y libertad presente en nuestra Constitución) implica por lo tanto inconstitucionalidad por confiscatoriedad, irracionalidad, irrazonabilidad e imposibilidad de proveer al bienestar general. El *punto de saturación de Laffer* es una herramienta teórica que permite conocer con seguridad un punto a partir del cual se tiene certeza de la inconstitucionalidad del tributo, pues a la derecha del mismo la función social de la propiedad se

⁵⁴ La curva de Laffer ha recibido varios cuestionamientos, ciertamente meritorios, de parte de autores que consideran que no necesariamente tiene que ser una función perfectamente cóncava, como Oliveira Cruz Pinto de Abreu (2014), Spiegel & Templeman (2004); Spiegel et al (2008) y más matizadamente Henderson (1981). Bajo condiciones específicas la curva de Laffer puede tener dos o incluso más máximos locales, lo cual obviamente complejiza el análisis. Igualmente, esto debe ser relativizado, pues a) solamente hay *un* máximo absoluto; b) las condiciones en cuestión son verdaderamente muy específicas (situaciones en que la gente decide trabajar menos y disfrutar de su ocio ante una baja de impuestos, en lugar de trabajar más, por una particular combinación de efecto ingreso y efecto sustitución). Véase Yolis (2010) quien tomando a Henderson (1981) argumenta por qué a pesar de estas críticas el valor de la curva de Laffer para demandar reducciones de impuestos (en este caso, nuestro más modesto objetivo de evitar situaciones tributarias excesivamente confiscatorias) se mantiene.

ve fuertemente afectada, pero el Estado no recibe más recursos para emprender ninguna política socialmente beneficiosa. Asimismo, es estimable empíricamente.

Naturalmente, la herramienta no es una panacea. Existen tributos confiscatorios ubicados a la izquierda de dicho punto. A su vez, el punto en cuestión tal vez se encuentre mucho más a la derecha de lo que se cree (Rallo, 2013; Rothbard, 1994), por lo que la aplicación de este indicador podría no clarificar las cuestiones de inconstitucionalidad en la mayoría de los casos. Empero, es posible que lo haga en algunos de ellos, y siempre es positivo que jueces, juristas y abogados tengan más herramientas a disposición. Finalmente, no aplica para tributos con finalidades extrafiscales, aunque puedan ser confiscatorios por aplicación de otros criterios.

En conclusión, consideramos que la curva de Laffer debería ser incorporada como herramienta analítica, a la manera de indicador de inconstitucionalidad. Esto puede tener implicancias radicales⁵⁵ y, en definitiva, esta herramienta abre múltiples puertas que deberían ser exploradas si es que se pretende garantizar el derecho de propiedad privada y su función social.

Bibliografía

ACIJ (2014) Por la función social de la propiedad en el nuevo código civil y comercial. *Comunicado de Habitar Argentina. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia*. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://acij.org.ar/por-la-funcion-social-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

Alberdi, Juan Bautista (1854) *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Eumed.

Alvear, Carlos Salmon (2011) El principio de no confiscatoriedad en el ámbito tributario: su contenido a través de la jurisprudencia nacional e internacional. *Revista Jurídica Online de la Universidad Católica de Guayaquil*, 29(1), 71-110.

Analistas Económicos de Andalucía (2008) La curva de Laffer: estimación para la economía española. *Documento de Análisis N° 2*. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <http://www.economiaandaluza.es/sites/default/files/Laffer.pdf>

Araguàs Galcerà, Irene (2011) El principio de no confiscatoriedad en la constitución española. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 3, 9-31. Curitiba.

Arroyo Ponce, Antonio Luís (2017) ¿Es España una excepción en la curva de Laffer?. Universidad de Sevilla. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/66175/Es_Espana_una_excepcion_en_la_curva_de_Laffer.pdf

Azpitarte, J. (2017) La confiscatoriedad de los impuestos. Límites reales. Instituto Juan de

⁵⁵ Por caso, si reconocemos que la inflación constituye un *impuesto*, como lo plantea la literatura económica, debemos entonces admitir que los aumentos de base monetaria tan excesivos que excedan t^* también son inconstitucionales y admiten revisión judicial. Es posible que t^* se halle a la izquierda del punto de saturación de otros tributos, pues al efecto económico se adiciona el efecto Olivera-Tanzi, con lo cual ambos pasarían a dominar al efecto aritmético más prontamente. La primera intuición del jurista será seguramente rechazar esto, argumentando que el concepto jurídico de *impuesto* no es el mismo que el económico. Sin embargo, nótese que, por obra del señoreaje, la inflación constituye un ingreso para el Tesoro nacional. Si no admitimos su carácter como tributo, debemos concluir que todo aumento inflacionario de la base monetaria es inconstitucional, pues no se encuentra entre las fuentes de las arcas nacionales establecidas por el artículo 4 de la Constitución. Por lo tanto, admitir su carácter como tributo (y los límites que ello conlleva) es en realidad la visión más tolerante con la laxitud monetaria del Banco Central.

Mariana. Recuperado el 9 de diciembre de 2017 de <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/la-confiscatoriedad-de-los-impuestos-limites-reales>

Bejarano Navarro, Héctor David (2008) Empirical verification of Laffer's curve in the Colombian economy between 1980 and 2005. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 16(1), 151-164.

Bender, Bruce (1984) An analysis of the Laffer curve. *Economic Inquiry*, 22(3), 414-420.

Bidegaray, Martín (2017). Aumentan los impuestos a las gaseosas, los cigarrillos y las bebidas alcohólicas. *Clarín*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de https://www.clarin.com/economia/aumentan-impuestos-gaseosas-cigarrillos-bebidas-alcoholicas_0_B1IXqLWAb.html

Blinder, Alan Stuart (1981) Thoughts on the Laffer curve. The supply-side effects of economic policy, 81-92.

Boscá, José Emilio; Doménech, Rafael; Ferri, Javier (2017) Estructura fiscal, crecimiento económico y bienestar. *BBVA Research*. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2017/07/RDomenech_UIMP_10jul2017.pdf

Brill, Alex; Hasset, Kevin Allen (2007) Revenue-maximizing corporate income taxes: The Laffer Curve in OECD countries. *AEI Working Paper* 137. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <http://ssrn.com/abstract=2235697>

Brown, Jonathan C. (1993) Juan Bautista Alberdi y la doctrina del capitalismo liberal en la Argentina. *Ciclos*, 3(4), 61-74.

Burke, Michael (2012) So the Laffer curve says tax cuts for the rich? This isn't going to be funny. *The Guardian*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/27/laffer-curve-tax-cuts-rich-funny>

Castañeda, Eduardo Sotelo (2008) Notas sobre el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. *Derecho y sociedad*, 29, 307-322.

Coase, Ronald Harry (1960) The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, 3, 1-44.

Courchene, Thomas Joseph (2004). Confiscatory equalization. The intriguing case of Saskatchewan's vanishing energy revenues. *Choices*, 10(2), 1-42.

Courchene, Thomas Joseph (2005). Resource revenues and equalization. Five-province vs. National-average standards, alternatives to the representative tax system and revenue-sharing pools. *Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing*.

Dun, Frank van (2015). *Ética argumentativa y la filosofía de la libertad*. Instituto Ludwig von Mises. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://www.miseshispano.org/2015/03/etica-argumentativa-y-la-filosofia-de-la-libertad/>

Ezquero, Teodoro C. (2007). La imposición, la eficiencia y la equidad: una reflexión desde la perspectiva de la Unión Europea. *Nuevas tendencias en política fiscal*, 835, 173-196.

Feige, Edgar L.; McGee, Robert T. (1983). Sweden's Laffer curve: taxation and the unobserved economy. *Scandinavian Journal of Economics*, 85(4), 499-519.

Fernandes Espanhol, Ruben João (2014). The Laffer curve – an empirical estimation for Eurozone member countries. Instituto Universitario de Lisboa. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/9303/1/RESUMO%20%26%20ABSTRACT%20RUBEN%20ESPANHOL.pdf>

Gabriel, Amadeus (2007). Was Jean-Baptiste Say a market anarchist? The Ludwig von Mises Institute. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <https://mises.org/library/was-jean-baptiste-say-market-anarchist>

Gómez, Pierre-Yves; Korine, Harry (2008) *Entrepreneurs and democracy: a political theory of corporate governance. The role of the entrepreneur in the liberal logic*. Cambridge: CUP.

Hansson, Asa; Stuart, Charles (2003). Peaking of fiscal sizes of government. *European Journal of Political Economy*, 19, 669-684.

Henderson, David (1981). Limitations of the Laffer curve as a justification for tax cuts. *Cato Journal*, 1(1), 45-52.

Herrera Molina, Pedro Manuel (1996) Una decisión audaz del tribunal constitucional alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos. Análisis de la Sentencia de BVerfG del 22 de junio de 1995 y su relevancia para el ordenamiento jurídico español. *Impuestos*, 1039-1049.

Hoppe, Hans-Hermann (2004). La solución: propiedad privada y apropiación original. *La ética y la economía de la propiedad privada*, 5-12. Instituto Ludwig von Mises: Auburn.

Hsing, Yu (1996). Estimating the Laffer curve and policy implications. *Journal of Socio-Economics*, 25(3), 395-401.

IGM Forum (2012). Laffer curve. *Initiative on Global Markets Forum*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <http://www.igmchicago.org/surveys/laffer-curve>

Kinsella, Stephan (2016). Propiedad intelectual y derechos de propiedad. *Contra la Propiedad Intelectual*, 26-29. Instituto Ludwig von Mises: Auburn.

Krugman, Paul (2014). Charlatans, cranks and Kansas. *The New York Times*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <https://www.nytimes.com/2014/06/30/opinion/paul-krugman-charlatans-cranks-and-kansas.html>

Levenzon, Fernanda (2012). La función social de la propiedad en términos de derechos humanos: implicaciones para la reforma del Código Civil. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 13. Universidad Torcuato di Tella. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/levenzon2.pdf>

Lévy-Garboua, Louis; Masclet, David; Montmarquette, Claude (2008). A behavioral Laffer curve: emergence of a social norm of fairness in a real effort experiment. *Journal of Economic Psychology*, 30(2), 147-161.

Llorente, Francisco Rubio (2006). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*. Ariel

Lordemann, Javier A.; Farrel, Ana O. (2015). Análisis experimental de la curva de Laffer y la evasión fiscal en Bolivia. *Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico*, 24, 121-153.

Mack, Eric (2006). Non-absolute rights and libertarian taxation. *Social Philosophy and Policy*, 23(2), 109-141.

Matthews, Kent (2003). VAT evasion and VAT avoidance: Is there a European Laffer curve for VAT? *International Review of Applied Economics*, 17(1), 105-114.

McKay, Colleen; Seward, Greg; Ziedonis, Doug (2012). Incorporating Tobacco Cessation with Health Promotion Activities in a Psychosocial Rehabilitation Clubhouse. *University of Massachusetts Medical School*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de https://www.umassmed.edu/globalassets/center-for-mental-health-services-research/documents/products-publications/posters/wellness/incorporating_tobacco_cessation.pdf

Mises, Ludwig von (1940). *La acción humana. Tratado de Economía*. Madrid: Unión Editorial.

Mises, Ludwig von (1958). *Liberty and property*. Discurso de Ludwig von Mises en el 9º Encuentro de la Mont Pellerin Society en Princeton, New Jersey, el 9 de diciembre de 1958. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de https://mises.org/system/tdf/Liberty%20and%20Property_3.pdf?file=1&type=document

Moore, Stephen (2014). The Laffer curve turns 40: the legacy of a controversial idea. *The Washington Post*. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de https://www.washingtonpost.com/opinions/the-laffer-curve-at-40-still-looks-good/2014/12/26/4cded164-853d-11e4-a702-fa31ff4ae98e_story.html

Mueller, Dennis Cary (2003). *Public Choice III*. Cambridge University Press.

Murphy, Robert (2008) The importance of capital theory. *The Ludwig von Mises Institute*. Recuperado el 12 de diciembre de 2017 de <https://mises.org/library/importance-capital-theory>

Oliveira, F. G.; Costa, L. (2013). The VAT Laffer curve and the business cycle. *Working Paper*, 2, Universidad Católica de Portugal. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <https://ideas.repec.org/a/eis/articl/215guedesdeoliveira.html>

Oliveira Cruz Pinto de Abreu, Hugo Miguel (2014). *Crossing mountains: the effect of competition on the Laffer curve*. Disertación de Maestría. Universidade do Porto.

Pascual Cruz Mora, Edgar (2016). La curva de Laffer como herramienta para la recaudación óptima en las entidades federativas de México. Aplicación empírica. *Centro de Estudios para las Finanzas Públicas*. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de http://www.cefp.gob.mx/formulario/Trabajo_9a.pdf

Peacock, Alan (1989). The rise and fall of the Laffer curve. *The Political Economy of Progressive Taxation*, 25-40.

Piketty, Thomas; Saez, Emmanuel (2012). Optimal labor income taxation. *Handbook of Public Economics*, 5. National Bureau of Economic Research. Recuperado el 28 de diciembre de 2017 de <https://eml.berkeley.edu/~saez/piketty-saezNBER12handbook.pdf>

Rallo, Juan Ramón (2013). Olvidense de Laffer. Juan Ramón Rallo. Recuperado el 11 de diciembre de 2017 de <http://juanramonrallo.com/2013/05/olvidense-de-laffer/index.html>

Ravestein, A. v.; Vijlbrief, H. (1998). Welfare cost of higher tax rates: an empirical Laffer Curve for the Netherlands. *The Economist*, 136(2), 205-219.

Rothbard, Murray Newton (1984). Ten great economic myths. *The Free Market*, edición especial.

Rothbard, Murray Newton (1985) The myth of tax reform. *World Market Perspective*, 18(11). En Rothbard, M. N. (1997), *The Logic of Action II: Applications and Criticism from the Austrian School (Economists of the Twentieth Century)*. Elgar: Cheltenham.

Sainz de Bujanda, Fernando (1987). *La contribución territorial urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*. Consejo General de Cámaras de la Propiedad Urbana de la Comunidad Valenciana.

Spiegel, Uriel; Templeman, Joseph (2004). A non-singular peaked Laffer Curve: Debunking the traditional Laffer Curve. *The American Economist*, 48(2), 61-66.

Spiegel, Uriel; Kogan, Konstantin; Templeman, Joseph (2008). An aggregate Laffer curve – a multi-peak case. *Public finances – Taxation and the tax system*, 53(3), 513-524.

Trabandt, Mathias; Uhlig, Harald (2011). The Laffer curve revisited. *Journal of Monetary Economics*, 58, 305-327.

Valladares, Gilberto Atencio (2014). *El principio de no confiscación en materia tributaria*.

Evolución y situación actual en España y Venezuela. (Tesis de doctorado). Universidad de Salamanca.

Ventocilla, Joseph Espíritu (2011). En busca de la curva de Laffer para el caso peruano. *Horizonte económico*, 1, 19-26.

Ventola, Héctor Eduardo (2008). Fines extrafiscales de los tributos. *Las tesinas de Belgrano*, 244, 5-21. Universidad de Belgrano.

Yglesias, Matthew (2014). *Beyond the Laffer curve – the case for confiscatory taxation*. Vox. Recuperado el 13 de mayo de 2018 de <https://www.vox.com/2014/4/18/5620702/case-for-confiscatory-taxation>

Yolis, Lisandro (2010). La curva de Laffer. *A repository of selected papers in economics, mathematical economics, social sciences and philosophy*, 5(6), 7-16.

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO Y ACTIVIDAD POLÍTICA

CORRUPTION, ORGANIZED CRIME AND POLITICAL ACTIVITY

Carlos M. Krauth
 Universidad Nacional de Córdoba
 cmkrauth@yahoo.com.ar

38

Recibido: 29.12.17

Aprobado: 12.4.18

Resumen: Nuestra democracia se sustenta en la existencia de partidos políticos. Estos, para su funcionamiento necesitan financiar su actividad, lo que no está exento de problemas. Diseñar políticas que regulen la manera en que obtienen fondos es una cuestión que no deja de ocupar a los teóricos políticos y que tiene su correlato en la falta de una legislación uniforme acerca de cómo debe costearse su funcionamiento. Pero esta cuestión presenta un problema adicional: la existencia de prácticas corruptas en la manera de financiarse, y con la aparición en escena del crimen organizado, como nuevo mecenas en el funcionamiento de la política. Luchar contra esta realidad es un desafío, ya que tanto la corrupción como la criminalidad organizada, socavan las instituciones públicas y sumergen a gran parte de la población en la pobreza y la marginalidad. Por ello, diseñar políticas eficaces para combatir ambos fenómenos, que en muchos casos se solapan, es imprescindible. Este trabajo estará dedicado a analizar, precisamente, las cuestiones anteriormente mencionadas.

Palabras clave: crimen organizado - corrupción - actividad política - transparencia - oportunidades.

Abstract: *Our democracy is based on the existence of political parties that need to finance their activities. And this matter is not exempt from difficulties. Designing policies to regulate the way in which they obtain funds is an issue that always matters political theorists and has its correlation in the lack of uniform legislation on how it should be financed. But this issue presents an additional problem: the existence of corrupt practices in the way funds are obtained, and the appearance on the scene of organized crime, as a new patron in the functioning of politics. Fighting against this reality is a challenge, because corruption, as well as organized crime undermine public institutions and submerge a large part of the population into poverty and marginalization. Therefore, it is essential to design effective policies to combat both phenomena, which in many cases overlap each other. These issues will be analyzed in this work.*

Key Words: *organized crime - corruption - political activity - transparency - opportunities.*

1. Financiamiento de la política y corrupción

La corrupción es un problema que afecta a las sociedades en todas las épocas y bajo cualquier forma de gobierno. Puede adoptar innumerables modalidades, aunque me centraré en una clasificación según los sujetos que intervienen en la relación venal, que permite distinguir a la corrupción privada⁵⁶ de la pública, y dentro de esta última -a su vez-, dependiendo de si los agentes son funcionarios públicos en ejercicio o políticos en busca de progresar en esta actividad, la corrupción administrativa de la política.

Las causas de la corrupción son variadas y difíciles de determinar, siendo la falta de transparencia uno de los elementos estructurales propiciadores, tanto en la actividad privada como en la estatal. Como señala Malem (2017) “En el ámbito gubernamental, asimismo, la falta de acceso a la información o el secretismo contribuye a posibilitar el uso de mecanismos y artimañas ilegítimas. No es de extrañar que entre las medidas anticorrupción más señaladas se encuentre precisamente potenciar la transparencia”. Junto con ella es posible señalar la existencia de diseños institucionales y las medidas de las agencias anticorrupción que “cumplen una función decorativa en el plano jurídico-político, careciendo, por ello, de eficacia”.

Desde el punto de vista particular, y como en general ocurre, no hay una sola causa que motive que las personas se comporten de manera indebida. Sin embargo, se puede encontrar el germen de esta actividad en el hecho de que la corrupción es un instrumento útil para la obtención de ciertas metas que, de manera honesta, son más difíciles o en algunos casos imposibles de conseguir, como dice Malem (2017) “Al constituirse en una herramienta útil para conseguir determinados objetivos, ya sea frente a la burocracia, en el mercado para eliminar competidores, en la política para captar financiación o, simplemente, en todos los ámbitos para obtener ventajas personales, tiende a ser utilizada con una mayor asiduidad por un mayor número de personas”.

Los inconvenientes que apareja la corrupción son numerosos y de distinta naturaleza, abarcando aspectos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc. Todos ellos no son excluyentes ni exhaustivos en sus causas ni en sus consecuencias, ya que la corrupción depende de diversos factores que interactúan entre sí y cuyas derivaciones se multiplican alcanzando todas las aristas de la vida social. Sin embargo, tal vez el perjuicio que de manera más nocivamente se vislumbra es la multiplicación de la pobreza, siendo este probablemente, el efecto negativo que más directamente lastima a las sociedades.

La corrupción política no es ajena a estas motivaciones y consecuencias, -además de que ninguna sociedad está exenta de padecerla-. Parece indiscutible el hecho de que no hay Estados inmunes a la corrupción política. Incluso se ha podido comprobar la existencia de actos cometidos por funcionarios que, aun no siendo ilegales, han tenido fuerza corruptora en el proceso político.

La corrupción política, además de todos los efectos nocivos que se desprenden de la corrupción en general, tiene una fuerte repercusión negativa en la vida institucional. Situación que se profundiza, si se asocia la corrupción al financiamiento ilegal de los partidos políticos. En este supuesto surge, como señala Malem (2017) “...un problema adicional muy serio que termina laminando toda la vida social. Los gobiernos y los partidos políticos que los sustentan se han hecho vulnerables a los ofrecimientos de soporte económico de los narcotraficantes y de las diversas organizaciones mafiosas”.

⁵⁶ Deslindar conceptual y fácticamente la corrupción privada de la pública no es tarea sencilla. Sin embargo se puede señalar que la “...corrupción en el sector privado consiste básicamente en la concesión de ventajas indebidas a empleados o directivos de una empresa en el marco de su actividad profesional, para que incumplan sus obligaciones” (Gómez-Jara Díez; 2008).

Todo lo que redundará en una profunda desigualdad entre los individuos, que según el autor citado, se traduce en “una refeudalización de la política, donde bajo la apariencia de una participación política igualitaria se esconde un sistema de toma de decisiones políticas regido casi en exclusividad por intereses económicos”. Deslegitimándose en definitiva, la calidad de las instituciones públicas y de la democracia misma.

Según el Barómetro Global de la Corrupción (2013) “existe una crisis de confianza en la política y serias dudas respecto de la capacidad de las instituciones responsables de llevar a quienes delinquen ante la justicia. En 51 países de todo el mundo, se considera a los partidos políticos como la institución más corrupta. El 55 por ciento de los encuestados creen que el gobierno responde a intereses particulares” (p.17).

Dentro de este marco de situación, entiendo que una de las causas de la corrupción política es la necesidad que tienen los partidos y los candidatos de financiar sus actividades. Así “...la necesidad que tienen los partidos políticos, actores principales e insustituibles en una democracia, de contar con recursos económicos suficientes se ha incrementado de un modo desorbitado. Varios son los motivos que explican esta demanda casi insaciable de recursos por parte de los agentes políticos. El coste de la propaganda política es uno de ellos (Malem, 2017)”.

Cada país legisla de manera particular la financiación de las actividades políticas, no obstante, todos comparten ciertos rasgos comunes. A partir de ellos se puede diferenciar tres sistemas distintos, según la actividad sea financiada totalmente por el Estado, solo por los particulares, o -como sucede en nuestro país- mediante un mecanismo mixto (Lazzaro, 2015). Este último es el esquema seguido por la mayoría de los países latinoamericanos, con excepción de Venezuela, Perú y Bolivia en los que de diversa manera prescriben el financiamiento privado de los partidos políticos (Lazzaro, 2015).

No obstante, la búsqueda voraz por el poder, ha hecho que los aportes de los afiliados a los partidos como así también el que hace el Estado nunca sea suficiente. Esta situación ha generado que los políticos recurran de una manera indebida a los sectores económicamente más poderosos, quienes de tal manera, aumentan su injerencia sobre los gobernantes o candidatos a serlo, los que “se vuelven cada vez más dependientes de estos canales de financiación”, imponiendo sus requerimientos y limitando las decisiones gubernamentales en función del “deber de reciprocidad” asumido por los candidatos con el aportante (Malem, 2017).

Pero además, suele ocurrir que para financiar su actividad, los agentes políticos se asocien de manera *fantasma* con grandes empresas o directamente creen corporaciones que a nombre de un testaferro o presta-nombre, generen ingresos que sirvan para aportar el dinero suficiente como para mantener su carrera política, además de su alto estándar de vida. Sin embargo este no es un caso exclusivo de corrupción en el financiamiento de la política sino que lo excede, ya que el agente no solo se sirve de él para obtener un mejor posicionamiento político sino que lo utiliza como un mecanismo para mejorar su posición económica.

Es muy común que quienes aspiran a obtener algún cargo público procuren incrementar su patrimonio como un impulso para su actividad política, por lo cual utilizan el dinero obtenido ilícitamente para satisfacer ambas inquietudes. De esta forma los caminos de la corrupción política y del enriquecimiento personal se entrecruzan. Ello es muestra, entiendo, de un comportamiento más reprochable -si es todavía posible-, ya que no solo se busca *robar para la corona*⁵⁷, sino que, además

⁵⁷ La frase *yo robo para la corona* fue pronunciada por el ex Ministro del Interior del Presidente Carlos Menem frente a los legisladores que le cuestionaban la privatización de Petroquímica Bahía Blanca. Ante los requerimientos sobre la transparencia de la operación expresó: “Yo robo para la corona ¿Les quedó claro o alguien necesita alguna explicación adicional?”.

se roba en beneficio propio.

Pero además del financiamiento corrupto, existe otra forma de costear la política que es más grave y peligrosa aún: hago referencia a los aportes de fondos provenientes de actividades ilícitas. Efectivamente, hasta no hace mucho tiempo el vínculo de la actividad política corrupta con el sector privado, estaba dado por la contribución ilegal generada en actividades lícitas de los *aportantes* - empresas, fortunas personales, grandes corporaciones, etc.-. Sin embargo, en los últimos años el dinero procede también de las actividades criminales, generalmente de grupos de delincuencia organizada.

Por ejemplo, en Honduras el financiamiento de las campañas políticas por los grupos de criminalidad organizada ocupa el tercer lugar entre los principales financistas de los procesos electorales. Es tan importante que ha desplazado a los donantes privados a un cuarto lugar. Según el informe producido por el equipo de reflexión, investigación y comunicación (ERIC) de la Compañía de Jesús en el año 2015, una de las causas de la falta de confianza en el sistema de partidos políticos es, precisamente, la penetración de la criminalidad organizada en las estructuras partidarias. De acuerdo al sondeo de opinión el desencanto con el sistema partidista en el país pasó de 34.7% en el 2014 a un 40.8% en el año 2015.

Conocer esta realidad es el primer paso para enfrentar el problema, lo que genera desafíos adicionales para luchar contra el crimen organizado en general y su contribución a la actividad política específicamente. Precisamente en este trabajo analizaré la relación entre crimen organizado, corrupción y financiamiento de la política, intentando indicar los lineamientos a seguir en el diseño de políticas destinadas a enfrentar este problema

2. Crimen organizado y actividad política

El crimen organizado presenta particularidades que tienen relevancia directa con la actividad política y la sustentabilidad de los Estados democráticos. La corrupción y la criminalidad organizada, son fenómenos que veces complementan y que amenazan con socavar instituciones públicas. Por eso se deben diseñar políticas destinadas a atacar los comportamientos ilícitos en lo que hace a la corrupción y al crimen organizado como fenómenos independientes, pero también atendiendo a la relación parasitaria que los vincula.

Actualmente, la criminalidad organizada ha desarrollado, no solo un gran poder económico, sino también una importante capacidad para corromper funcionarios y dirigentes, obteniendo así un enorme potencial para influir en las decisiones gubernamentales. Precisamente, para conservar su poder, estos grupos tienden a desarrollar relaciones sumamente estrechas con políticos corruptos. Tales relaciones les garantizan inmunidad ante cualquier respuesta oficial que busque desbaratar sus acciones. Quienes conforman estas redes tienen interés en mantener esa relación parasitaria con las instituciones estatales. Esto en palabras de Bolangaita (2005) conforma los incentivos que tienen estos agentes para comportarse de tal manera.

Esta vinculación es la que les permite obtener grandes ganancias a costa de debilitar la creencia de los ciudadanos en sus gobiernos, ya que estos ven cómo sus funcionarios o instituciones, lejos de cumplir con su rol de procurar el bienestar común se muestran incapaces o esquivos de hacerlo, a la par de observar cómo muchos de ellos, se enriquecen. Convertida la ciudadanía en testigo de todo esto, pierde la confianza en sus representantes, quienes ven debilitada su legitimidad en forma inversamente proporcional al espacio que van ganando los agentes corruptos en la sociedad.

2.1. Financiamiento de las actividades políticas: corrupción y criminalidad organizada

Cuando hablamos de financiamiento ilegal por parte de particulares, lo que estos buscan, por lo general, es preservar o mejorar sus intereses económicos o privilegios a partir del aporte de dinero obtenido lícitamente. En cambio, cuando quien financia la política es el crimen organizado, su fin es -además del compartido con los particulares-, lavar el dinero conseguido espuriamente y garantizar la seguridad para los miembros del grupo y sus actividades, entre otras expectativas ilícitas. En definitiva, con este comportamiento la criminalidad organizada pretende crear un esquema de impunidad que asegure sus intereses, comprometiendo a futuro la decisión de los gobernantes.

Como señala Delia M. Ferreira Rubio (2014), los puntos de contacto entre la política y el crimen organizado son múltiples, dependiendo la relación de las circunstancias histórico-sociales en que se desarrollan. En este contexto, los vínculos entre políticos y grupos criminales se presentan de distintas maneras, ya sea porque estos últimos compran decisiones y voluntades o porque los políticos se sirven de los servicios para desarrollar su carrera. Dentro de este contexto se ubica el financiamiento de su actividad, especialmente el de las campañas políticas.

Ferreira Rubio (2014) señala que la forma de producirse la relación crimen organizado-financiamiento de la actividad política, ha ido mutando a través del tiempo. Así en un primer momento la primera estrategia usada por estos grupos fue de tipo directo y consistió en participar de manera abierta en las elecciones buscando ocupar cargos dentro del sistema, -ejemplo de ello fue el caso de Pablo Escobar quien fue candidato suplente a diputado en Colombia en 1982, ocupando el cargo efectivo, luego de que su titular renunciara-. Sin embargo esta estrategia ha fracasado debido a la incompatibilidad que existe entre las actividades del crimen organizado con las de los gobiernos.

Por esa razón, indica, la conexión entre el narcotráfico y la política dejó de ser tan transparente, ya que mutaron su táctica por una estrategia indirecta y empezaron a participar políticamente a través de la contribución económica a los candidatos *legales* (por ejemplo el financiamiento con diez millones de dólares de la campaña del presidente Samper por parte del Cartel de Cali). Sin embargo, como esta modalidad es muy costosa, actualmente se están inclinando por *invertir* en la política a nivel local (por ejemplo financiado a intendentes de localidades más pequeñas). Esta especie de descentralización de su acción corruptiva les permite dispersar la ruta del dinero, lo que hace que sea más difícil su detección, y ganar poder territorial. Una ventaja anexa señalada por la autora, es que es menos costosa la inversión que deben realizar.

Además de las particularidades de esta nueva modalidad de actuar, las dificultades que presenta enfrentar este problema se agravan en virtud de que, a la complicidad entre la política y la criminalidad organizada, se suma además la connivencia de ciertos grupos o comunidades locales que facilitan esa relación ilícita, motivados por intereses económicos o sociales (Briscoe, 2014). “En estos casos, las redes ilícitas parecen caracterizarse por relaciones triangulares que se adaptan a las exigencias de cada parte, lo cual, en ciertos casos, les genera una cuota de legitimidad pública” (p. 69).

Otro reto a afrontar es el relacionado con la contraprestación que busca el crimen organizado al apoyar campañas políticas. Si bien ya lo he mencionado con anterioridad, quiero resaltar la expectativa que se genera en estos grupos en que se favorezca o facilite la concreción de sus operaciones ilícitas. Efectivamente, como contraprestación a los aportes que realizan, estos grupos pretenden que las autoridades *miren para otro lado* mientras concretan sus negocios espurios. Lo que hacen es pagar para que se implementen políticas ineficaces y/o por la inoperancia de los funcionarios.

Esta *respuesta estatal* ineficiente, se manifiesta, si se le permite la calificación, de una manera cínica, ya que los funcionarios públicos ocultan su verdadera intención de no combatir la acción de estos grupos recurriendo a acciones efectistas, como por ejemplo, la detención de vendedores de droga al menudeo sin tomar medidas contra sus grandes proveedores, o bien adoptar decisiones o dictar leyes que parecen sumamente severas pero que son de imposible o muy difícil aplicación, sea su inoperatividad por cuestiones formales, -demoras en reglamentarlas por ejemplo-, o por cuestiones materiales (es el caso de Bolivia, en donde se dictó una ley de derribo, la que es inaplicable por la falta de radarización que padece dicho país).

La tercera cuestión a dilucidar que señala la autora tiene que ver con los instrumentos y mecanismos a implementar para prevenir, controlar y sancionar la contribución de los grupos criminales a los partidos políticos. Este es un tema sensible ya que por lo general, los Estados han avanzado más en prever políticas dirigidas a fiscalizar el destino o uso de los fondos que reciben los partidos, y no "...para indagar sobre el origen de esos recursos, ya sea que se trate de lavado de dinero o de otro tipo de financiación ilegal o ilícita de particulares" (Vargas Valdez, 2010, p. 344). Por ello, se propone como manera de hacer frente a este fenómeno, crear "...un blindaje electoral de tercera generación, entendido como una serie de políticas públicas y reformas al marco normativo, en el que participan activamente las distintas autoridades administrativas, legislativas y judiciales, con el fin de evitar a toda costa la infiltración del crimen organizado en los procesos electorales" (Vargas Valdez, 2010 p. 346). Revisar la licitud de tales fondos implica, no solo combatir particularmente el vínculo política-crime organizado, sino también las actividades en general de la criminalidad organizada.

Por último, como el carácter global de las actividades del crimen organizado constituye un obstáculo severo para la fiscalización y control del dinero que se destina a financiar la actividad política, -hay que recordar que por su estructura, intereses y operatividad estos grupos tienen lazos que exceden las fronteras de los Estados-, se considera que es imprescindible lograr que los Gobiernos de todos los países actúen conjuntamente y coordinadamente para enfrentarlo.

3. Cómo enfrentar el financiamiento de la política por el crimen organizado

Luchar contra la corrupción es deber del Estado y compromiso de todos los ciudadanos. Sin embargo, en el caso de la corrupción política, nos encontramos con que quienes tienen la responsabilidad mayor en combatirla son los que se ven beneficiados con ella. Esta es, una de las causas principales de que la persecución de estas prácticas sea tan ineficaz y en muchos casos inexistente, ya que, como ha quedado dicho, los Gobiernos construyen pantallas para generar la apariencia de que se está actuando, cuando en realidad poco y nada se hace. Por eso es importante que las fuerzas gubernamentales se comprometan en el diseño de políticas que tiendan a prevenir y castigar esta relación venal, lo que requiere que los funcionarios estatales de todo nivel reconozcan su existencia, los problemas que acarrearán estos actos deshonestos y la responsabilidad que tiene en el ejercicio del poder público.

Si se habla del financiamiento de la actividad política, es fundamental delinear estrategias que aumenten su transparencia, lo suficientemente eficaces para controlar tanto las finanzas de los partidos políticos, como la rendición de cuentas de sus representantes. El control sobre el ingreso y gastos de la política es clave para paliar los efectos negativos de ambos fenómenos, ya que como dice Malem (2017) "Si no se controla adecuadamente los flujos de dinero del mercado a la política, la corrupción aparece y muestra su peor rostro de inmediato".

Cuando se habla propiamente de corrupción, distintas son las medidas que permiten ejercer

eficazmente el tan reclamado control. Pablo Secchi (2011) menciona en este sentido la necesidad de analizar cuál es el rol de las empresas y de los particulares aportantes, estableciendo reglas que permitan identificarlos, revisar la duración de las campañas, y quienes y como ejercerán ese control, especificando las sanciones aplicables a los que violen esas reglas, fiscalizando adecuadamente como se utilizan los recursos públicos con fines políticos y electorales, etc.

No obstante, si se tiene en cuenta que el dinero de la corrupción puede provenir también de las actividades que realizan los grupos del crimen organizado, se hace imprescindible a su vez, establecer mecanismos que impidan que esos aportes se hagan finalmente efectivos, para lo cual no solo deben dirigirse las mencionadas políticas a transparentar los fondos usados en las campañas, sino que también deben apuntar a combatir actividades de la criminalidad organizada, intentando romper el circuito política- corrupción y crimen organizado.

Este complejo fenómeno ha ido en aumento en los últimos años. Como señala Iván Briscoe (2014), América Latina está viviendo una profunda democratización del Estado después de la era de los gobiernos de facto. Ello amplió el grupo de sujetos o grupos que pueden acceder al poder, disminuyendo las barreras de clase, género, u origen, aunque muchas de las políticas que se imponen siguen sosteniéndose sobre la base de la exclusión, el clientelismo y los privilegios de la *nueva clase dirigente*. En este contexto “Las redes ilícitas, en particular, se profundizan cuando pueden aprovechar o arbitrar esta yuxtaposición entre instituciones históricamente cautivas o feudales y la irrupción de nuevos grupos de interés o económicos” (Briscoe, 2014, p. 64).

Para evitar esta relación hay que comenzar por detectar el circuito, -lo que requiere coordinar políticas entre organismos nacionales e incluso internacionales-, ya que como señala Delia Ferreira Rubio (2014), entre las condiciones que permiten este financiamiento se encuentran la falta de transparencia en el proceso de toma de decisiones, la ausencia o debilidad de los mecanismos de supervisión, control y auditoría, la concentración de poder y el margen de discrecionalidad en algunos niveles de decisión, como asimismo la descentralización, que ofrece múltiples puntos de acceso para el dinero. También inciden, según la autora, la dispersión de la competencia y jurisdicción de los organismos electorales, y las deficiencias de los sistemas procesales, lo que a su vez resulta en impunidad como consecuencia de la ineficacia de las sanciones, la no criminalización de ciertas actividades vinculadas al crimen organizado, y la falta de protección a testigos y denunciantes. Por último, se menciona la tolerancia o indiferencia social frente a la corrupción y a la connivencia de la política con sectores marginales e ilegales. Todas estas circunstancias, se ven favorecidas por la existencia de esquemas institucionales frágiles que como hemos visto son explotados por las organizaciones criminales.

Tener instituciones sólidas parece ser parte del remedio. Muchas veces se ha propuesto como salida a este problema el fortalecimiento de las mismas a través de una mayor injerencia del Estado en la vida social. La idea de *más Estado* es reflejo de esta intención. Sin embargo, esta afirmación es discutible, ya que si se tiene presente que los fenómenos delictivos generados por el crimen organizado y la corrupción son producto del funcionamiento mismo de las instituciones estatales, parece ser más conveniente pedir una mejor y más eficiente presencia que reclamar por un mayor Estado.

3.1. ¿Entonces qué hacer?

Catalina Perdomo (2014) señala que, en general, la cuestión del crimen organizado y la corrupción se aborda desde dos perspectivas diferentes: el análisis del crimen organizado se enfoca a partir del concepto de seguridad, mientras que a la corrupción se la analiza como tema relativo a la

gobernabilidad, básicamente como un problema de debilidad institucional. El problema que detecta al adoptarse esta modalidad es que se deja de lados en el análisis la relación entre ambos fenómenos. Por ello, indica la autora, es necesario (fundamentalmente en Latinoamérica) revisar la legislación relacionada con la corrupción en el sector público, vinculándola a las estrategias diseñadas para combatir eficazmente al crimen organizado.

Proyectar tácticas de esta naturaleza requiere algo más que una legislación específica. Impone a su vez aumentar la capacidad operativa de las instituciones estatales para hacer eficaces las políticas que se instrumenten, ya que por lo general, el nivel de aplicación de las normas es bajo. Claramente los Estados no son solo ineficientes por no tener leyes destinadas a regular este problema sino además por carecer de agencias que se encarguen de controlar o hacer cumplir las normas en caso de existir estas.

Ahora bien, la pregunta que surge es cómo hacer para que las políticas que se adopten sean eficaces. Generalmente se presentan, como respuesta, una batería de medidas que se consideran útiles a tal efecto. Sin embargo, su sola incorporación a los ordenamientos jurídicos no asegura obtener el objetivo propuesto, ya que las herramientas a adoptar deben ser apropiadas y aplicables a las realidades de cada uno de los países, atento a que, si bien la corrupción y el crimen organizado son fenómenos que atraviesan a todos los Estados -y comparten características-, no siempre estos presentan las mismas realidades. Como dice Bolongaita (2005) “Una revisión de la experiencia global muestra la necesidad de ser selectivamente estratégicos en las reformas anticorrupción. Las medidas que funcionaron en algunos países han demostrado ser ineficaces, si no contraproducentes, en otros. En muchos sentidos, los fracasos o deficiencias se han debido a una comprensión deficiente de la naturaleza de la corrupción en un país y su entorno de gobernanza” (p. 11).

En consecuencia, elegir las herramientas es una tarea compleja. Deben ser diseñadas en función de estándares precisos, basados en la idea de que debe hacerse de la corrupción en general y, del financiamiento ilícito de la política en particular, una actividad de alto riesgo y baja recompensa.

De acuerdo a lo dicho, las políticas a seguir deben proporcionar un conjunto de incentivos y castigos destinados a los agentes, -fundamentalmente públicos-, quienes deben encontrar recompensas o beneficios para cuando actúen correctamente y castigos para cuando no lo hacen. De este modo se busca obstaculizar y desincentivar la posibilidad de que se concreten los actos deshonestos. En pocas palabras, es importante que las políticas estén dirigidas a reducir las oportunidades a la corrupción y a la participación en ella de grupos de criminalidad organizada.

Para que esta idea se materialice es imprescindible en primer lugar, que la sociedad política y los ciudadanos reconozcan el efecto nocivo que tanto la corrupción como la criminalidad organizada tienen para con las políticas públicas, la salubridad del sistema y el funcionamiento de una actividad política robusta. Esto que parece evidente no lo es tanto ya que existe una mirada *inocente*, sino cómplice en muchos casos, respecto a la relación corrupción-financiamiento de la política que se profundiza cuando interviene el crimen organizado. Esta actitud indulgente con el fenómeno suele darse, fundamentalmente, cuando este vínculo es incipiente, lo que hace que una vez que el problema se ha instalado definitivamente, sea mucho más complejo intentar erradicarlo. Un buen ejemplo de lo que digo es el llamado caso de la efedrina y sus vínculos con el financiamiento de la campaña presidencial argentina en el año 2007.

Precisamente en el informe sobre “Corrupción y Transparencia” de la ONG Poder Ciudadano del año 2014, Delia Ferreira Rubio (2014) relata que “Cuando diez días antes de la elección de 2007 se presentaron ante la Justicia los informes financieros de campaña previos, Poder Ciudadano detectó algo llamativo: cerca del 37% de los aportes privados que el FPV reportaba provenían de empresas del

sector salud: compañías farmacéuticas, droguerías, gerenciadoras de salud y de empresarios del sector”.

Esto que en principio solo llamó la atención, dados los acontecimientos que luego se fueron sucediendo, puso en evidencia el problema que genera la relación, política corrupción y criminalidad organizada, ya que con las investigaciones que se iniciaron posteriormente, se pudo determinar que “Esos aportes declarados por el FPV eran la punta del iceberg de un escándalo que involucró: corrupción, financiamiento irregular de la campaña, acuerdos mafiosos entre empresarios y funcionarios para suministrar medicamentos adulterados o vencidos (truchos, en la jerga local) a través de las obras sociales, lavado de dinero y la incontrolada importación de efedrina que terminó alimentando a los laboratorios clandestinos que se instalaron en el país”.

Todo ello comenzó a saberse luego del asesinato de tres empresarios del rubro medicamentos, - que se conoció como el crimen de General Rodríguez-; cuyas víctimas aparecían de manera directa o indirecta como aportantes a la campaña del FPV.

De la investigación del triple crimen surgieron, además, innumerables datos en relación al financiamiento ilícito de la campaña del partido mencionado: una causa vinculada a la *mafia de los medicamentos, un circuito corrupto de relaciones entre funcionarios gubernamentales, droguerías, farmacias y obras sociales para la comercialización de medicamentos vencidos o falsificado*”, y, otra relacionada a la *pista de la importación irregular de efedrina y la vinculación entre narco-carteles, laboratorios clandestinos y los funcionarios encargados del control del ingreso de precursores químicos*. De más está decir que muchos de los laboratorios y sujetos involucrados en ambos casos también aparecían como aportantes del FPV.

Lamentablemente, si no hubiese sido por la muerte violenta de tres de los implicados en estas operaciones, probablemente nada se hubiese conocido de esta actividad ilícita, beneficiándose los participantes de esta relación venal ante el silencio -por desconocimiento o falta de previsión- de las autoridades y de la ciudadanía. Precisamente, lo llamativo, es que los hechos tomaron de sorpresa a la opinión pública y a muchos funcionarios, que se conmovieron con la noticia de que, -como en otros países latinoamericanos-, el tráfico ilegal de efedrina servía a los intereses de la política.

Entiendo que el hecho comentado constituye una buena prueba de lo necesario de reconocer la posibilidad de existencia de estos vínculos ilícitos. Esto, reitero, constituye el primer paso para diseñar políticas que los combatan de manera eficaz.

Asumida la existencia o posible existencia del problema, se está en condiciones de diseñar las herramientas anticorrupción que muestren una significativa utilidad. Esto requiere que se tengan en cuenta las particularidades de cada Estado, ya que claramente no siempre una política que ha sido apropiada para una sociedad lo ha sido para otra. De hecho, en muchos países la creación de agencias que fueron eficaces en uno de ellos, se convirtieron en otros, en organismos tan o más corrupto que los que se quiso sanear. De esta manera, se debe elegir de entre la enorme lista de posibles decisiones las más adecuadas, lo que debe hacerse atento a la justificación instrumental expuesta según la cual cualquier política a seguir tiene que tener como objetivo hacer de la corrupción y de su vínculo con el crimen organizado una actividad de escasa ganancia y costo muy elevado.

Sabemos los enormes beneficios que se obtienen por vía de la corrupción y crimen organizado, por ello, conseguir reducir esas ventajas o favorecer a quien decide no entrar en esa variable, desincentivará su participación en estos actos venales. Además, si participar en estas conductas le genera al sujeto un alto riesgo de ser sancionado o sufrir algún tipo de perjuicio, también servirá para que piense más de dos veces si le conviene formar parte de esta red de corrupción.

En la República Argentina, precisamente un país con altos índices de corrupción y en donde los vínculos del crimen organizado con la política si bien no son tan altos como en otros países, ya existen, el Consejo de la Magistratura de la Nación en el año 2016, realizó una Auditoría en los Tribunales Federales, que arrojó un resultado desalentador respecto a la respuesta que da nuestra justicia a las causas de corrupción en la que intervienen políticos y funcionarios. Según los datos provisorios aportados, de las más de mil causas de corrupción que esperan investigación y juzgamiento en los Tribunales Federales del país, el 46% de ellas está a la espera de resolución, habiendo sido ya imputados e indagados los involucrados. Sin embargo, el 77 % de las causas no tienen aún declaración indagatoria tomada o ni siquiera se los ha citado para dicho acto procesal. Teniendo estas causas como tiempo de demora en su resolución un promedio del 15 años.

De este trabajo, cuya segunda etapa está en ejecución, se puede deducir que una gran cantidad de causas carecen de sentencia, lo que evidencia un bajísimo número de condenas. Estos datos constituyen una prueba de que en la Argentina los corruptos, al no ver que haya respuestas estatales eficientes a su conducta, no encuentran alicientes para dejar de lado sus comportamientos ilícitos.

En el financiamiento espurio de la actividad política, uno de los problemas que se manifiesta, es que las sanciones previstas por no cumplir con las reglas van dirigidas a los partidos o a sus apoderados y no a los candidatos; consecuentemente, como en la actualidad los partidos son en muchos casos *sellos de goma* que nacen y desaparecen en cada elección, o bien los candidatos los abandonan y ocupan lugar en otro espacio. Los castigos que se aplican en nada afectan al político corrupto, quien no corre ningún tipo de riesgos, con lo que, al no sufrir consecuencia negativa alguna, ven despejado el camino para seguir con su conducta venal.

En tercer término, la posibilidad de reducir o desalentar las oportunidades de que los políticos lleven adelante comportamientos corruptos puede potenciarse mediante la concesión de beneficios o premios, sea a través de reconocimientos u otro tipo de ventajas lícitas, incluso monetarias, fomentándose así las acciones honestas. Estos beneficios pueden no solo ser destinados a los partidos y/o sus representantes, sino también a aquellos sujetos que decidan aportar al sustento de las campañas o actividades políticas. También puede concederse la posibilidad de negociación con sospechosos de actos de corrupción para obtener información, a cambio de su inmunidad.

En el campo estrictamente penal, se prevé la regulación de figuras como las del arrepentido o testigos encubiertos, según las cuales, está permitido beneficiar o proteger a aquellos individuos que, habiendo participado o tomado conocimiento de conductas corruptas, deciden ponerlas en detalle en conocimiento de la justicia. Conseguir que estos sujetos opten por actuar de esta manera, por lo general, sólo se logra si estos, sopesando los costos y beneficios de actuar dentro de la legalidad o fuera de ella, encuentran que estarán mejor posicionados si se inclinan por la primera alternativa.

Esta modalidad de recompensar al delator-informante, es propia de los países de Europa Continental, (por ej. Alemania, España), en donde se “premia al arrepentido que proporciona información determinante para la investigación. En todos los casos, el premio puede consistir tanto en la atenuación como la exclusión de la pena. También se admite la confesión de hechos en los que el arrepentido no hubiera participado; es decir la simple delación, pero siempre que fuera judicial. Se le otorgan al cooperador atenuantes por su actuación procesal” (Wortman Jofre, 2014, p.173)

En cambio, la concesión de inmunidad al arrepentido, es propio de los países del commonlaw, en donde “no se sigue la lógica premial sino la lógica negocial, donde la *immunity*, no es otra cosa que el precio pagado por la autoridad judicial por la colaboración prestada por el reo. La contracara de ese precio, es la renuncia del reo al derecho a no autoincriminarse. El sistema de corroboración del relato se produce a través del instituto denominado *cross-examination* o careo, que consiste en la

confrontación directa de la versión del colaborador con el resto de las partes, en presencia del *jury*” (WortmanJofre, 2014, p. 174).

Hugo Wortman Jofre (2014, p. 167) menciona un ejemplo, en el marco de una investigación por corrupción, relativo a la recompensa de tipo económica que se otorgó al denunciante, muy ilustrativo de lo que sostengo: “El caso de corrupción más grande en Estados Unidos en los últimos tiempos en términos económicos, se dio en el marco de una QuiTamAction: se trata de una norma que estimula la presentación de denuncias formuladas por cooperadores, en relación a crímenes que son de interés público; su denominación proviene del latín: “...la demanda instaurada para el Rey, es buena para uno mismo”. El caso tenía que ver con la promoción -en infracción a la False ClaimAct- de un medicamento de un laboratorio para fines no aprobados por la autoridad regulatoria nacional. La acción se instauró contra la empresa de la industria farmacéutica y hubo recupero de dinero para el Estado cercano a los 2.3 billones de dólares. Y un arrepentido (whistleblower) se alzó con la suma de USD 52.000.000.- como premio por su cooperación con la Justicia americana”. El autor concluye al respecto: “Como vemos el camino de la instauración de incentivos para quienes colaboren, constituye una realidad en la lucha contra la corrupción”.

Finalmente, considero que una vez definidas, -sobre los estándares señalados-, las políticas a adoptar, y creadas o mejoradas las agencias destinadas a su aplicación, hay que esforzarse para que estas actúen y ejecuten lo decidido eficazmente. Tal vez este sea una de las deudas más grandes que tengan los Estados en la lucha contra este problema ya que “Prácticamente todos los gobiernos dirán que tienen una política anticorrupción; ningún gobierno será atrapado diciendo que no la tiene. Incluso los gobiernos más corruptos tendrán algún programa anticorrupción. Ahí radica un problema: los enfoques anticorrupción adoptados por los gobiernos afectados no son apropiados o no se están implementando de manera efectiva (Bolongaita, 2005, p. 10)”. Ya que, por incapacidad o por complicidad es común que las políticas que diseñen sean inofensivas, “Incluso si el gobierno está decidido a tener un impacto, está cargado de una burocracia débil o comprometida que no puede o no quiere implementar iniciativas anticorrupción (Bolongaita, 2005, p.10)”.

Conclusión

No caben dudas acerca de los graves daños que ocasionan a las sociedades la corrupción y el crimen organizado, los que se potencian cuando sus actividades se solapan intentando ocupar espacios políticos mediante el financiamiento a las campañas o las actividades políticas.

Para evitarlos, es necesario implementar mecanismos que interfieran en este circuito, para lo cual hay que tener presente que, si las instituciones son débiles, estas relaciones afloran, generando grandes beneficios a sus participantes con escaso o nulo perjuicio. De allí es posible deducir que, si los políticos prevén que actuar correctamente les proporcionará beneficios y que, si no lo hacen o bien persisten en estas prácticas el riesgo de ser castigados es elevado, muy probablemente la corrupción en este ámbito podría ser reducida o eliminada. De allí que establecer políticas que los obliguen a hacer ese cálculo es un buen paso para combatir la relación entre estos fenómenos.

Además, la implementación de estas medidas requiere que quienes deben controlar las actividades corruptas, sean y se muestren como sujetos independientes. La función pedagógica de los órganos de control es importantísima en estos casos para mostrar que el actuar honestamente tiene sus premios y que quien no lo haga corre serios riesgos de ser castigado. Por todo ello, lo aconsejable es que en la ejecución de esta tarea participen el sector privado, organizaciones no gubernamentales, y la prensa independiente, además de la Justicia.

Para reducir las oportunidades para el financiamiento ilegal de la política, es fundamental establecer instituciones y mecanismos que fomenten la transparencia y la rendición de cuentas. La ausencia de agencias estatales eficientes en esta tarea, facilita la propagación de la corrupción, y con ella, la participación del crimen organizado, ya que al no existir instrumentos eficaces contra los actos venales la conducta de los corruptos se convierte en una actividad de bajo riesgo y alta recompensa. Ninguna política anticorrupción debe ser ajena a la existencia de procedimientos rigurosos de fiscalización y evaluación. Por lo tanto, es esencial que se utilicen diversos instrumentos de investigación y análisis orientados a los resultados, los que serán más eficaces si estos se diseñan pensando en desincentivar las conductas criminales y corruptas, aumentando los riesgos y disminuyendo la posibilidad de beneficiarse con estas actividades.

Conseguir esto en relación específica a la actividad política, sería un enorme paso para que los ciudadanos vuelvan a tener fe en sus representantes y devolverle el prestigio que la misma requiere para sostener instituciones sólidas y la credibilidad en el sistema democrático.

Bibliografía

Bolongaita, Emil (2005). Controlling Corruption. En Post-Conflict Countries. Kroc Institute. 1 – 18.

Briscoe, Ivan (2014). *Redes Ilícitas y Política en América Latina*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional).

Dahl, Brock (2010). *El enemigo silencioso: Cómo derrotar la corrupción y el crimen organizado*. *MilitaryReview*. Recuperado de: http://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/MilitaryReview_20101031_art009SPA.pdf. Fecha de consulta noviembre del 2017.

Ferreira Rubio, Delia (2014). El crimen organizado y el financiamiento de la política: desafíos y propuestas. Caso 2014: El tráfico de efedrina. En Poder Ciudadano. *Corrupción y Transparencia Informe 2014*. Universidad de Buenos Aires: Eudeba. 299-316.

Gómez, Carlos-Jara Díez (2008). Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal? *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 74; 225-243.

Malem Seña, Jorge; (2017). *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Lazzaro, Alejandra (2015), *El financiamiento de la política en la República Argentina*. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/7/el-financiamiento-de-la-politica-en-la-republica-argentina.pdf>. Fecha de consulta: octubre del 2017.

Transparencia internacional (2004). *Informe Global sobre la Corrupción*. Prometeo Libros. (2004)

Perdomo, Catalina (2014). *Análisis regional comparado sobre la legislación contra el crimen organizado y su relación con la política*. Redes Ilícitas y Política en América Latina. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional).

Secchi; Pablo (2011). Debate: Financiamiento de las Campañas Políticas. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 12 (1). 191-207.

Vargas Valdez, José Luis (2010). Crimen organizado, narcotráfico y delitos electorales. Fortaleciendo el Blindaje. *Biblioteca Jurídica Virtual-UNAM*; Recuperado de

<https://biblio.juridicas.unam.mx>. Fecha de consulta: noviembre del 2017.

Wortman Jofre, Hugo (2014). Mecanismos y herramientas de investigación novedosos en materia de corrupción. En *Corrupción y Transparencia Informe 2014*; Universidad de Buenos Aires: Eudeba. 159-190.

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PREVENTIVA *

THE JUDICIAL PREVENTIVE FUNCTION

Marcos E. Suarez Montes
 Universidad Nacional de Córdoba
 estudiojuridicosuarezmontes@hotmail.com
 Rodrigo M. Suarez Montes
 Universidad Nacional de Córdoba
 rodrigosuarezmontes@gmail.com
 Javier Moyano
 Universidad Nacional de Córdoba
 javiermoyano@gmail.com

51

Resumen: La producción normativa del legislador está lejos de ser una tarea armónica, coherente y completa. Más bien, el fenómeno que puede observarse en la realidad es exactamente lo opuesto. Las lagunas -de todo tipo- redundancias y antonomias son inevitables e indeseablemente frecuentes, lo que atenta contra valores significativos del sistema como la justicia y seguridad jurídica. No obstante ello, las reglas de nuestro sistema jurídico y las concepciones positivistas subyacentes obligan a los operadores intervinientes -jueces, abogados y funcionarios de todo tipo- a dar soluciones a tales problemas normativos. La *acción preventiva de daños* no es una excepción, y la consagración normativa en la novel sanción del Código Civil y Comercial obligan a los intérpretes a lidiar con estos tópicos en la tarea de construcción jurídica. En razón de ello, este trabajo está enfocado en hacer visibles los problemas jurídicos que trae aparejada esta acción en el microsistema procesal de la Provincia de Córdoba, y a sugerir posibles soluciones a los fines de devolverle al sistema normativo aquellos valores que se le atribuyen, tales como completitud, independencia y coherencia.

Palabras clave: atribuciones judiciales - seguridad jurídica - orden público - vías procesales.

Abstract: *The normative production of the legislator is far away from being a harmonious, consistent and complete task. Instead, reality is precisely the opposite. The loopholes, redundancies, and contradictions are unavoidable and unfortunately frequent, which threatens significant values of the system, such as justice and legal security. However, the rules of our legal system and the positivist conception underlying force to the operators involved –judges, lawyers and civil servant of any type- to give solutions to those normative problems. The “preventive action of damage” is not an exception, and the recent passing of the Civil and Commerce Code obligates the interpreters to deal with these issues on the task of legal construction. Because of that, this paper focuses on making visible the legal matters that preventive action brings within the procedural microsystem in the Province of Córdoba, and suggests certain kind of solutions to return to the normative system the values that we assign it, such as completeness, independence and consistency.*

Keywords: judicial powers - legal security - public order - procedural ways.

* Trabajo presentado en el marco de la asignatura “Argumentación y atribución de responsabilidad” el día 28/03/2018. Aprobado con la máxima (diez) y recomendado para publicación por Prof. Jorge Malem. Aceptado por la Revista y evaluado por comité de referato.

Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), recepiendo las modernas doctrinas del derecho de daños regula en los artículos 1711 a 1713 con carácter general la denominada *acción preventiva de daños*.

La regulación normativa trae aparejada una serie de cuestiones problemáticas que generan indeterminación en el derecho o lagunas de reconocimiento. El texto cuya redacción regula la acción preventiva se caracteriza por sus términos y/o expresiones vagas y ambiguas, tal como se detallará más abajo.

En consecuencia, estas disposiciones necesitan de una tarea de interpretación y construcción jurídica a los fines de generar seguridad jurídica a la hora de la aplicación de dicha institución por parte de los magistrados.

Por otra parte, el cambio de principios filosóficos o paradigmas del CCCN ha abierto una brecha de anacronismo con respecto a los ordenamientos jurídico procesales provinciales. La acción preventiva regulada en el CCCN consagra un fuerte activismo judicial que no se corresponde con la posición garantista o dispositiva del Código de Procedimientos de Córdoba. Esta situación genera contradicciones normativas, axiológicas y sobre todo, lagunas técnicas, pues no existen disposiciones locales que permitan aplicar la acción consagrada en el ordenamiento de la Nación.

Los rasgos problemáticos explicitados generan inseguridad jurídica objetiva y subjetiva, en razón de que el método de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, sus imperfecciones y la mora del legislador local no permiten brindar reglas claras para comprender qué dice el derecho, cuáles son las potestades judiciales en el proceso y cómo se armonizan con los derechos de los justiciables (derecho de defensa en juicio y debido proceso).

Este trabajo tiene por finalidad abordar los problemas jurídicos que presenta la acción de daños en cuanto generan inseguridad jurídica desde la óptica procesal, esto es, las facultades de los jueces y derechos de los justiciables.

Dado que existe en la actualidad una verdadera *función jurisdiccional preventiva* que la magistratura lleva a cabo por encargo legislativo, ya sea de oficio o a petición de parte y que no contiene reglas claras de conducta, se requiere necesariamente una tarea de interpretación y construcción jurídica que procure brindar seguridad a los litigantes que se someten a un proceso judicial.

1. ¿Qué es la función jurisdiccional preventiva? Su regulación normativa

La función jurisdiccional preventiva es el deber de prevención de daños impuesto por el legislador a los jueces en el marco de un proceso cualquiera.

Se trata para los jueces de un *deber* y no de una mera *facultad*. Ello es así en virtud del artículo 1713 del CCCN que dispone que “la sentencia que admite la acción preventiva *debe* disponer a pedido de parte o de oficio, lo necesario para prevenir el daño...”. De manera armónica y coherente con esta disposición, el artículo 1710 del CCCN dispone que “*toda persona* tiene, en cuanto ella dependa, el *deber* de prevenir el daño...”. Así, la expresión *toda persona* incluye por extensión también a los jueces. En su aspecto lógico, la prevención es indudablemente *obligatoria*, por cuanto

se encuentra permitida la acción de preventiva, más no la omisión de preventiva, una vez verificada la probabilidad, proximidad o inminencia del daño.

Dado que la prevención de daños es para los jueces un deber, no pueden sustraerse de éste cuando las constancias comprobadas de la causa donde ejercen su función indiquen que existe el riesgo de la producción de un daño, de acuerdo a las demás reglas que aporta el sistema.

La Cámara 4ta de apelaciones en lo civil y comercial de Córdoba ha dicho que “la función preventiva constituye una actividad puesta en marcha por los tribunales como consecuencia de haber tomado conocimiento de determinados riesgos con motivo o en ocasión de intervenir en determinado proceso y con la finalidad de preservar intereses superiores. Se ha sostenido que la prevención, como mecanismo neutralizador de perjuicios no causados o aminorador de efectos nocivos de los en curso de realización, es al día de hoy una efectiva preocupación y anhelo del intérprete. Ese derecho a la prevención, asegurado por la Constitución Nacional como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios ya causados. También el juez tiene una responsabilidad social. Y si entonces era así, cuánto más debe serlo en la actualidad: el nuevo Código Civil y Comercial contempla la denominada “acción preventiva”, que aunque no es la de autos, conlleva un claro mandato, tal el evitar la causación de un daño”¹.

2. Aplicación en relación al tiempo

Aclarado este punto, lo siguiente es resolver el primer problema jurídico que tiene que ver con el derecho transitorio ¿Cuándo es operativo el deber de prevención de daños contenido en la normativa sustancial?

La indeterminación del derecho en este punto es causada a raíz de la calificación jurídica de las disposiciones que regulan la acción preventiva. En general, se dice que si tales normas fueran *sustanciales*, por el principio de irretroactividad de la ley, no sería posible su aplicación a hechos consumados en el pasado o a procesos ya iniciados. Por el otro lado, si se calificara a dichas normas como *procesales* -o normas que regulan la actividad de las partes y del juez en el proceso- su aplicación es inmediata, con el único límite de la preclusión procesal.

Pese a ello, nos adelantamos a afirmar que las normas referidas a la prevención del daño son de *vigencia inmediata*. Ya sea que se las considere en su naturaleza como normas procesales o sustanciales, la solución en uno u otro caso es idéntica. En consecuencia, es inútil la disquisición teórica sobre la naturaleza jurídica procesal o sustancial de los artículos 1710 a 1715 del CCCN en relación al problema de la vigencia temporal de las normas en comentario.

Para el supuesto que se las considere normas procesales, la aplicación inmediata emana directamente del artículo 887 del CPCC. Si, por el contrario, se las considera como normas sustanciales, su aplicación también es inmediata por imperio del artículo 7 del CCCN que establece que las leyes se aplican a las “consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. En este caso en particular, se infiere que un daño previsible aun no causado o una consecuencia de un daño no agravada es susceptible de prevención mientras se mantenga en este estado.

¹ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Cuarta Nominación. Cba. 28/4/16, Sent. nro 40 “M., M. M. E. C. Empresa Provincia De Energía De Córdoba (Epec)- Ordinario - Daños Y Perj. - Otras formas de Respons. Extracontractual - Recurso de Apelación(Expte. N° 1279260/36)”.

La aplicación inmediata ha sido la solución proclamada por la novel jurisprudencia cordobesa con relación a este tópico. La Cámara de Apelaciones de Primera Nominación Civil y Comercial de Córdoba ha dicho que: “ingresando a la procedencia de la petición de la actora, cabe precisar que su objeto engasta en la denominada ‘función preventiva de daños’ reconocida expresamente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 1710/1715), por lo que ‘iuranovitcuria’, corresponde efectuar su tratamiento a la luz de tal normativa, la cual es de neto corte procesal y de aplicación inmediata (artículo 7º CCC y artículos 887 C.P.C.)”².

3. Vías procesales para ejercer la acción

En cuanto a las vías procesales para ejercer la acción, la inseguridad jurídica deviene de la existencia de una *laguna técnica*³, puesto que en general los ordenamientos jurídicos procesales provinciales no han sancionado ni reglamentado normas que indiquen el modo de ejercicio de esta acción.

A falta de normativa específica, podemos mencionar que en el caso de Córdoba su ejercicio se ha subsumido en el clásico remedio de las medidas cautelares, reguladas en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba en los artículos 456 y siguientes.

Sin embargo, las medidas precautorias tienen la limitación de que son accesorias a un proceso principal -que de ordinario es el juicio de indemnización- y por ello, no pueden ejercitarse de manera autónoma. Todo lo cual hace necesario la promoción de un juicio en que la parte quizás no tiene interés, con el sólo objeto de promover la acción preventiva mediante tutela cautelar.

Esta situación ocasiona una *contradicción axiológica* con respecto a la nueva normativa, puesto que lo que intenta procurar el CCCN es dotar de independencia la pretensión preventiva de la indemnizatoria. Luego, subordinar la acción preventiva a otra acción autónoma luce como un verdadero despropósito de acuerdo a la nueva regulación.

A falta de regulación de las medidas *autosatisfactivas* y/o *cautelares autónomas* en el Código Procesal de Córdoba, cabe decir que el remedio más idóneo para ejercer la acción será la acción de amparo, siempre y cuando se den sus requisitos de admisibilidad. Sin embargo, tratándose ésta de una acción de excepción -por sus requisitos de admisibilidad-, en numerosas ocasiones será necesario accionarse por intermedio del juicio declarativo ordinario o abreviado según corresponda, procedimiento éstos últimos que se caracterizan por la amplitud de debate y falta de celeridad en la tramitación.

La actividad de prevención de un daño exige -de ordinario- una actuación rápida, por lo que los procesos urgentes o juicios de conocimiento sumario y/o abreviado lucen más idóneos a tales fines. Siendo ello así, las vías procesales reguladas actualmente no parecen satisfacer la celeridad y sencillez que exige la pretensión preventiva, por lo que la falta en el ordenamiento de vías procesales idóneas genera una tendencia del litigante a utilizar vías procesales no reguladas por nuestro Código de Procedimientos -por ejemplo, las mencionadas medidas autosatisfactivas o cautelares autónomas-.

Ello genera inseguridad jurídica subjetiva, puesto que no es posible predecir el comportamiento de los jueces: la experiencia demuestra que magistrados más formalistas rechazan el ejercicio de la acción por falta de cumplimiento de recaudos procesales, y algunos menos

² Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/16, A. nro 246. “Superior Gobierno de La Provincia de Córdoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación –(Expte N° 2647261)”.

³ “Un ordenamiento presenta una laguna técnica toda vez que falte en aquel una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficiencia (y/o para la efectividad) de otra norma (Guastini, 2016)”.

formalistas, procedan a la apertura de la instancia preventiva sin regulación haciendo alusión a las facultades *activistas* de los jueces que se plasman en la regulación nacional.

En el primer caso, se genera incertidumbre con respecto a las costas del proceso que fue inadmitido y se corre el riesgo de frustrar la pretensión preventiva. En el segundo caso, lo que se genera es un verdadero proceso atípico, que no tiene regulación legal sino judicial, con riesgo de vulnerar el derecho de defensa de las partes y el principio republicano de gobierno de división de poderes.

Finalmente y muy ligada a la idea de actuación de oficio que prescribe el artículo 1713 del CCCN, la pretensión preventiva debe ser ejercida por el juez de una causa aun de oficio, dictando mandatos preventivos en cualquier tipo de juicio. Ello así por cuanto los textos disponen que *todas* las personas están obligadas a prevenir daños y los jueces *deben* dictar medidas preventivas de oficio en la sentencia o a petición de parte (artículo 1713 CCCN) para prevenir daños.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho que “cabe señalar asimismo que la función preventiva del daño, es una de las especies del denominado proceso urgente y puede ser dispuesta por los tribunales en diversos tipos de procesos como el amparo, las medidas autosatisfactivas, los juicios declarativos; y de modo principal o accesorio, a través de un mandato preventivo. Como explica el prestigioso procesalista Jorge W. Peyrano, a través de tal mandato “el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aún respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no”⁴.

Rivera (2015, p. 1692) dijo que “la norma establece dos tipos de acciones preventivas. La primera es la que existe ya en el derecho argentino y que se viabilizará mediante la correspondiente medida cautelar y requerirá de la promoción de un proceso principal del cual será accesorio. Esta acción es similar a la del artículo 2499. La segunda es la más novedosa. Se trata de una acción preventiva autónoma, que no necesitará de un proceso principal y que se agotará en su dictado. Este tipo de sentencias había sido ya reconocida por la jurisprudencia como medidas autosatisfactivas y similares, pero es la primera vez que llegan al Código Civil”.

4. Facultades judiciales: extensión, límites y derechos de las partes en el proceso

Es correcto lo señalado por la doctrina en tanto se dice que “en la actualidad se advierte un rol más activista en las funciones de los jueces. Es de reparar que cuando se accede a la jurisdicción a los fines de salvaguardar derechos propios, a veces, vemos cómo una decisión jurisdiccional intenta proteger, además, los derechos de otros, como resulta en el caso de la prevención de los daños (...) A partir del fallo ‘Altamirano’, la doctrina dividió sus aguas con relación a este punto. Por un lado, se encuentran aquéllos que están de acuerdo con el dictado de medidas preventivas de oficio - flexibilizando el principio de congruencia- por considerar que actualmente el juez debe tener, como sostenemos, responsabilidad social. Por otro lado, están los que rechazan la flexibilización de este

⁴ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/16, A. nro 246. “Superior Gobierno De La Provincia De Córdoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación -(Expte N° 2647261)”.

principio por entender que se vulneraría el principio constitucional de la debida defensa” (Barrera, 2015)⁵.

Del deber de los jueces de actuar de oficio se sigue el activismo judicial destinado a prevenir daños. Empero, la vaguedad de la redacción de aquellas disposiciones normativas en comentario no permiten dilucidar un límite a esta función de oficio. Mucho menos existen normas expresas que pongan un límite normativo a la actividad oficiosa judicial. En este sentido, nos encontramos ante una *laguna axiológica*, puesto que se evidencia que el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad relevante del sistema a la hora de legislar, como es el caso de propiciar supuestos de hecho normativos en los cuales se dispongan los casos en los que los jueces no pueden actuar de oficio (v. gr., cuestiones patrimoniales de interés privado).

Detrás de las facultades judiciales, se encuentran las garantías de los litigantes, quienes tienen derecho a la imparcialidad e *imparcialidad* del juzgador durante el proceso. En este sentido, una intromisión judicial que no esté justificada conforme a principios y reglas jurídicas expresas o implícitas, generan un desequilibrio procesal debido a que el Juez de una causa actuará en defensa del interés privado de la víctima, en desmedro de su contraparte.

A falta de reglas expresas sobre los límites oficiosos de las atribuciones judiciales, es necesario recurrir a principios expresos e implícitos del sistema. Sin embargo, existe una realidad innegable: las potestades que se derivan del orden público, derechos indisponibles por las partes y defensa de intereses “*difusos o individuales homogéneos*” exigen al Estado, y en consecuencia al Poder Judicial, un rol más protagónico en la defensa de los derechos de las personas, justificándose en tales casos el activismo judicial.

4.1. Parámetros útiles para la interpretación de la acción preventiva

No existiendo normas expresas que limiten el rol del juez en la prevención del daño, nos preguntamos ¿Cuál es el límite de las potestades judiciales?

Anticipamos que este punto puede encontrarse en la afectación al orden público, derechos indisponibles, intereses individuales homogéneos e intereses colectivos (medio ambiente, consumidores, menores, incapaces, etc.).

Se ha dicho correctamente que “es responsabilidad del Estado crear y ejecutar el derecho público. Aún cuando la ley también regule aquí conductas privadas, su ejecución es del interés del Estado y de sus agentes. De acuerdo con este modelo, el interés público en la ejecución requiere una maquinaria ejecutiva pública”⁶.

El fallo “Gimenez Domingo”⁷ es un ejemplo de ello y justifica el mandamiento preventivo en la sentencia en la afectación al derecho a la vida de un grupo homogéneo de sujetos. En el caso, se trataba de niños que jugaban cerca de un predio perteneciente al Estado Nacional, que a raíz de un pozo de considerable tamaño y las abundantes lluvias, se caían en él y quedaban atrapados sin poder salir, produciéndose la muerte por ahogamiento.

⁵ Barrera, Mónica. La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces. Infojus. 16 de Julio de 2015. Id SAIJ: DACF150372, publicado en www.infojus.gov.ar.

⁶ Cámara Federal de Apelaciones, Sala Tercera. La Plata. 8/8/88 “Giménez, Domingo y otra c. Estado nacional - Ejército Argentino”. LA LEY 1989-C, 117.

⁷ Cámara Federal de Apelaciones, Sala Tercera. La Plata. 8/8/88 “Giménez, Domingo y otra c. Estado nacional - Ejército Argentino”. LA LEY 1989-C, 117.

Ocurrieron varias muertes en las cuales los actores solicitaban el resarcimiento del daño moral, pero ninguno solicitaba que se condene al Estado Nacional a reparar el pozo. Finalmente, la Cámara Nacional ordenó de oficio, con el objeto de proteger la vida de los demás niños habitantes del lugar, condenar al Estado Nacional y a la Municipalidad a reparar el vicio a su costa.

La ley General del Ambiente, contiene disposiciones sobre la prevención del daño y facultades judiciales, que son de gran utilidad a la hora de aplicarla.

Los artículos 30, 32 y 33 hablan de la legitimación para accionar (Defensor del Pueblo, entidades Gubernamentales, Estado Nacional, Provincial y Municipal), las facultades del juez⁸ (medidas cautelares, probatorias etc.) y efectos de la sentencia⁹ respectivamente. Y establecen algunos parámetros orientadores de la actuación judicial. Por ejemplo, el artículo 32 dispone que “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

4.2. Actuación de oficio

Los jueces civiles pueden y *deben* actuar de oficio y dictar en su sentencia medidas para prevenir el daño. Sin embargo, la norma no establece los supuestos de hecho en los cuales esa actuación de oficio debe hacerse efectiva, todo lo cual parecería ser que dada la amplitud de los términos de la norma, en cualquier circunstancia los jueces podrían actuar de oficio.

Ahora bien, la actuación de oficio disminuye o cesa en la medida que el interés debatido en juicio sea privado y patrimonial (principio de disposición de la acción). No se justifica entonces que el juez intervenga en un proceso donde lo discutido versa sobre relaciones privadas entre sujetos *iguales* de neto corte patrimonial. En estos supuestos, la actividad judicial debe ser la típica del proceso civil clásico, un juez con un rol espectador que necesita de la petición de parte para actuar (*nemo iudex ex officio*). Esta exigencia surge como corolario del derecho de defensa en juicio, el debido proceso (artículo 18 CN) y el derecho a la igualdad (artículo 16 CN) que impiden al juez tutelar por sí mismo el interés privado de alguna de las partes.

Por el contrario, a medida que una conducta previsiblemente dañe intereses colectivos, derechos indisponibles, o ponga en riesgo la afectación del interés público, las facultades de los jueces se amplían en orden a la prevención de daños, pues el Estado no puede quedar expectante frente a la lesión de intereses considerados esenciales para la comunidad.

⁸ El artículo 32 expresa que “El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

⁹ Artículo 33 LGA: “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

En un fallo dictado por la Cámara Primera Civil y Comercial de Córdoba se hizo lugar a una medida preventiva en base a la posible afectación del medio ambiente.

El caso se trataba de una acción reivindicatoria de cosa inmueble iniciada por Estado Provincial contra un particular en el que se solicitaba como medida cautelar el ingreso al predio, para evitar un foco de contaminación que ocasionaba riesgo de incendio y daño ambiental. La Cámara resolvió *extra petita* y a la par de hacer lugar a lo solicitado por el Gobierno de Córdoba, le permitió ingresar al predio de manera restringida para la eliminación de los riesgos al ambiente (a su costa) y le impuso el deber al juez a quo la tomar de medidas necesarias para implementar la medida¹⁰.

4.3. Medidas probatorias

Sostenemos que los jueces también están facultados para dictar medidas probatorias, ello así pese a que las normas no lo digan expresamente surgen de ellas de manera implícita.

La facultad de solicitar medidas probatorias de oficio surge como una norma implícita del deber de los jueces de detener la actividad probablemente dañosa. La iniciativa probatoria se justifica en tanto y en cuanto, si los jueces *deben* tomar las medidas necesarias -de oficio o a petición de parte- para prevenir el daño, necesariamente deben estar facultados para dictar medidas de prueba que le aporte datos de conocimiento acerca de la existencia del daño que exija prevención. Si ello no fuera así, sería un absurdo otorgarle a los jueces una facultad de oficio que no pueden ejercer por no estar en condiciones epistémicas de conocer si existe un daño probable.

El acto de conocimiento del juez es un *priusal* acto de decisión. Sólo en conocimiento de la real existencia, entidad y demás características de las circunstancias del daño, la decisión del juez será eficiente.

En la mayoría de los supuestos el magistrado podrá estar en condiciones de dictar mandamientos de prevención del daño de acuerdo a las propias constancias comprobadas de la causa. Empero, si ello no fuera así, el juez podrá dictar alguna medida -siempre y cuando se respete el criterio de la menor restricción posible- para recabar la información preliminar que estime conveniente a los fines de que su resolución sea la más adecuada posible.

En un caso de la ciudad de Córdoba, la madre del menor fallecido inició acciones contra la Empresa Provincial de Energía Eléctrica, persiguiendo el resarcimiento de los daños padecidos con motivo del accidente que ocasionó la muerte de su hijo en virtud de haber pisado un cable pelado en un terreno baldío. La Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba¹¹ hizo lugar a la demanda y encomendó al juez de primer grado, a los fines de prevenir que el daño se repita, la realización de una inspección judicial en el lugar del hecho a los fines de verificar la subsistencia de la situación fáctica de autos y en tal supuesto, que se ordene a la demandada la realización de tareas tendientes a “evitar que los vecinos del lugar tengan acceso a cables “pelados” de los cuales ‘engancharse’”.

Como contrapartida de esta norma implícita surgen cuestiones debatidas que se presentarán con respecto a las facultades probatorias, como es la siguiente. ¿Qué pasará en aquellos casos donde el juez solicite una medida de prueba de oficio, y de la producción de ella se deriven elementos

¹⁰ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/2016. A. nro 246 “Superior Gobierno De La Provincia De Cordoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación –(Expte N° 2647261).

¹¹ Cámara De Apelaciones Civil y Comercial de Cuarta Nominación. Cba. 28/4/16. Sent. Nro. 40 “M., M. M. E. C. Empresa Provincia De Energía De Córdoba (Epec)- Ordinario - Daños y Perj. - Otras Formas de Respons. Extracontractual – Recurso de Apelación (Expte. N° 1279260/36)”.

probatorios que perjudiquen a una u otra parte, independientemente de quien haya ordenado la medida?

Esta situación no está reglamentada por el CCCN ni el Código de Procedimientos de Córdoba, y generan inseguridad jurídica a los litigantes puesto que la plataforma fáctica de la *litis*, puede verse modificada por el material probatorio que ingrese al proceso por iniciativa del Juez.

La jurisprudencia ha dicho al respecto que “si del contexto fáctico del caso sometido a decisión se advierte que subsiste la génesis dañina, el Tribunal no puede permanecer indiferente y debe tender a evitar futuros posibles daños a terceros ajenos al proceso; en el caso, a los habitantes del lugar donde ocurrió el luctuoso accidente”¹². Por esta razón, consideramos que si el Juez ha actuado dentro de sus límites probatorios, la prueba incorporada es del proceso, y puede –en consecuencia- perjudicar o beneficiar a cualquiera de las dos partes¹³.

4.4. Principio de Congruencia

Como corolario de las facultades oficiosas del juez, su deber de actuar independientemente de la excitación de parte, y el mandato de prevenir daños atribuido por el legislador en el artículo 1710 del CCCN, los jueces no se ven *atados* a las reglas que rigen la congruencia (artículo 330 CPCC).

La sujeción estricta al principio de congruencia significaría restringir las decisiones judiciales a los hechos alegados y probados por las partes, lo cual es justamente lo que se procuró evitar. Una solución de tal tipo estaría abiertamente en pugna con la *ratio legis* de la figura, ocasionando problemas de sub y sobre-inclusión entre la interpretación de la regla formulada y las intenciones del legislador, lo cual genera nuevamente inseguridad jurídica¹⁴.

Por ello, existe una *contradicción axiológica* entre el artículo 330 del CPCC y el artículo 1713 del CCCN, por cuanto el primero dispone que la sentencia “deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso” y el segundo dispone que el juez “debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda”. Por consiguiente, esta *inconsistencia* debe solucionarse por imperio del criterio de que la ley jerárquicamente superior prevalece sobre la de menor jerarquía (*lex superior derogat lex inferior*), entonces deberá darse prelación normativa a la aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sobre la flexibilización al principio de congruencia nuestra jurisprudencia dijo “(...) Que lo resuelto en la presente resolución, no excede la competencia del tribunal de Alzada, ni infringe de modo alguno el principio de congruencia, desde que lo dispuesto, además de estar actualmente previsto en el nuevo Código Civil y Comercial, responde a poderes inherentes al juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que, con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de

¹² *Ibidem*.

¹³ No debemos olvidar que nuestro máximo TSJ ha dicho que la falta de alegación del eximiente culpa de la propia víctima no impide al Juez declararla de oficio, puesto que a ellos corresponde verificar la existencia de los presupuestos sustanciales de la responsabilidad civil. Siendo ello así, el control de la relación causal o su ruptura puede ser declarada de oficio cuando surja prueba de este hecho en autos. TSJ de Córdoba (Sala Civil y Comercial) .Cba. 25/4/17. Sent. Nro. 30: "Olmos, Lorena Paola c/ Parties SRL – Ordinarios – Otros – Recurso de Casación (Expte. N° 851611/36)". Semanario Jurídico. Número: 2117. 10/08/2017. Cuadernillo: 6. Tomo 116. Año 2017 - B. Página: 230.

¹⁴ Puesto que existirán jueces formalistas que resuelvan de acuerdo a un modelo *atrincherado* y otros que resuelvan de acuerdo a un modelo *conversacional*.

competencias y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar, de urgencia. Y cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta de una causa productora de daños. Que ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo de que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados...”¹⁵.

4.5. Competencia

La vaguedad de la regulación -en el sentido de que en la sentencia el juez debe tomar las medidas para prevenir el daño- y la ausencia de normativa específica provincial -lagunas técnicas- han abierto el paso a la flexibilización de las reglas de competencia de la magistratura.

En razón de dichas normas, tanto un juez de primera instancia como una Cámara e inclusive el Tribunal Superior, pueden advertir en cualquiera de esas instancias el riesgo de producción de un daño y deben actuar para evitarlo.

De acuerdo a una interpretación literal de los textos, allí donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir. El mandato del legislador no reconoce límites de grado, puesto que el deber se atribuye a todo el Poder Judicial, independientemente de qué funcionario sea el actuante, sin ninguna restricción normativa.

La competencia material también es susceptible de ser flexibilizada y por tal motivo, se resolvió que un juez puede dictar válidamente decisiones ajenas a su competencia con el fin de evitar daños, ya sea que invada las esferas propias del Derecho Penal, de Familia, Laboral y/o administrativo. Un ejemplo claro es el caso citado “Giemenez”, donde la Cámara basó su decisión en normas del Derecho Minero, ajenas a la competencia del Juez Civil.

5. Inseguridad jurídica. Aspectos relevantes

De conformidad a lo expuesto, los textos normativos sin duda dejan márgenes de inseguridad jurídica relevantes, al punto tal de casi no poder justificarse la reforma del nuevo CCCN.

El plexo normativo contiene distintos defectos normativos: lagunas técnicas (escasez de normas que indiquen el modo de ejercicio de esta acción); contradicciones axiológicas (carácter principal o accesorio de la acción preventiva); ineficiencia (tendencia del litigante a utilizar vías procesales no reguladas ante la escasa legislación procesal); vaguedad y textura abierta (de la redacción de aquellas disposiciones normativas que no permiten dilucidar un límite a esta función de oficio como así tampoco establece los supuestos de hecho en los cuales esa actuación de oficio debe hacerse efectiva); inconsistencias normativas (activismo o actuación de oficio: deber de actuar vs. proceso privado dispositivo: deber de no actuar); etc.

En primer lugar, los defectos enunciados *producen inseguridad jurídica objetiva*, por cuanto el derecho en sí no cumple con estándares mínimos de calidad (certeza, no vaguedad, no ambigüedad, consistencia, razonabilidad, etc.).

En segundo lugar, los problemas numerados generan *inseguridad jurídica subjetiva*, puesto que no es posible predecir el comportamiento de los jueces, a partir del texto normativo, o del

¹⁵ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/2016. A. nro 246 “Superior Gobierno De La Provincia De Cordoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación – (Expte N° 2647261).

lenguaje común utilizado por el legislador: el ciudadano es incapaz de predecir razonablemente el carácter deóntico de sus acciones.

Consecuentemente, la imposibilidad de establecer el carácter deóntico de la conducta, impide que el ciudadano *ciertamente* pueda desarrollar su plan de vida en libertad e igualdad en la materia tratada. En otras palabras: ¿Cuándo prevenir?, ¿Cuándo está justificado prevenir?, ¿Cómo prevenir?, ¿Qué resultados obtendré de la acción preventiva?, ¿Qué vía he de utilizar? ¿Qué consecuencias jurídicas serán aplicadas a cierto estado de cosas? Todos estos interrogantes no pueden ser respondidos con un mínimo de razonabilidad, sujetándose la acción a estándares voluntaristas y arbitrarios de los órganos de aplicación del derecho del Estado.

Conclusiones

El deber de prevenir daños alcanza -por imperio de los artículos 1710 y 1713 del CCCN- a la judicatura, siendo factible hablar de una verdadera Función Jurisdiccional Preventiva.

Este nuevo rol social atribuido a los jueces, produce una ampliación de sus facultades en el proceso, de tal manera que el proceso clásico es insuficiente para dar respuesta a la nueva exigencia de prevención de daños.

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial no contiene regulación alguna respecto a los problemas que se plantean respecto del ejercicio de la acción preventiva -vías para ejercerla, armonización con otros derechos, plazos etc.- produciéndose así, diversos tipos de problemas normativos que generan inseguridad jurídica (falta de predictibilidad de las decisiones judiciales).

Asimismo, la lacónica redacción de las disposiciones normativas citadas, junto con la vaguedad de sus términos, producen lagunas de reconocimiento que generan indeterminación del derecho.

De acuerdo con una interpretación literal, las facultades de los jueces son de tal amplitud, que repercuten en cuestiones de competencia, principio de congruencia, iniciativa probatoria, actuación de oficio, etc.

El límite de las facultades de los jueces no surge de normas expresas, pudiendo encontrarse en principios y reglas jurídicas implícitas basadas en la afectación al orden público, intereses colectivos e individuales homogéneos.

A medida que el interés privado debatido en juicio sea más palmario, menor activismo judicial, y viceversa. De lo contrario se produce un desequilibrio en la igualdad procesal que afecta al debido proceso establecido en nuestra Carta Magna.

El texto normativo en materia de prevención de daños, resulta lógica y hermenéuticamente defectuoso, imposibilitando predecir las consecuencias que se siguen de los actos, o la calificación legal, promoviendo inseguridad jurídica tanto en el sentido objetivo como subjetivo.

Bibliografía

- Alchurrón, Carlos, Buligyn, Eugenio (2012). *Sistemas Normativos*. Buenos Aires: Astrea.
 Andruet, Armando Segundo (2013). *Teoría General de la Argumentación Jurídica*. Córdoba: Alveroni.

Barrera, Mónica. *La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces*. Infojus. 16 de Julio de 2015. Id SAJ: DACF150372, publicado en www.infojus.gov.ar.

Bueres Alberto (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi

Cesar Rivera, Julio, Medina, Graciela (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley.

GuastiniRiccardo (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Méjico DF:Universidad Nacional Autónoma de Méjico.

GuastiniRiccardo (2016). *La sintaxis del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

Lorenzetti, Ricardo Luis (1995). *Las normas fundamentales del Derecho Privado*. .Santa Fe: RubinzalCulzoni.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2009). *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. VIII. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores

Malem Seña, Jorge (2017). *Pobreza Corrupción e Inseguridad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Shauer, Frederick (2004). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.

Zavala de González, Matilde (2015). *La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código*. Tomo I. Córdoba: Alveroni

Zavala de González, Matilde (2011). *Función preventiva de daños*. Publicado en: LA LEY 03/10/2011 , 1 • LA LEY 2011-E , 1116.

Directrices para autores y formato

Extensión: Los artículos no deberán sobrepasar la cantidad de 20 páginas.

Forma del escrito: El escrito debe confeccionarse en Word para Windows, papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio.

La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

63

Abreviaturas y otros signos:

- Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en itálica, salvo que se empleen letras griegas.
- Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010.
- Los títulos no llevarán punto.
- Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.
- Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.
- Para destacar palabras o textos se usará itálica (no negrita, no subrayado).
- Los números de las normas no llevarán punto. En cambio sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.
- Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en itálica.

Tablas y figuras: Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

Citas y referencias bibliográficas:

- La citas y referencias se efectuarán siguiendo las normas APA 6th.
- Para las citas en el texto se debe consignar:
 - apellido del autor y la fecha de la obra se incluyen en paréntesis dentro de la oración.
 - Si la oración incluye el apellido del autor, sólo se escribe la fecha entre paréntesis. Ejemplo: “Viadero (2007) informa que un análisis de más de doscientos estudios evidencia la correlación entre la enseñanza de destrezas sociales y el mejoramiento del desempeño escolar”.

- Si no se incluye el autor en la oración, se escribe entre paréntesis el apellido y la fecha. Ejemplo: “Un análisis de más de doscientos estudios evidencia la correlación entre la enseñanza de destrezas sociales y el mejoramiento del desempeño escolar (Viadero, 2007).”
- Al final del texto, se elaborará la lista de bibliografía completa en orden alfabético, con los siguientes datos: nombre completo del autor, año de publicación entre paréntesis, título en bastardilla si se trata de un libro o entre comillas si se trata de un artículo o publicación periódica, editorial y lugar de publicación (si corresponde), tomo, capítulo, número o volumen, páginas. Ejemplo:

Blake, Michael. (2001). “Distributive justice, state coercion, and autonomy”, *Philosophy & public affairs*, 30(3), 257-296.

List, Christian, and Philip Pettit (2011). *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford University Press Oxford.

- En las citas de jurisprudencia se consignará: Tribunal, “Autos” (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ejemplo: TSJ Cba, Sala Laboral, “Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.”, abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.
- Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

Publicación

Digital; Anual; de acceso gratuito en el sitio <http://revistas.unc.edu.ar/>

Idioma

Castellano