



TRABAJOS DE INVESTIGACION

ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DE LA DRA. CECILIA GROSMAN AL ARTICULO 255 DEL CODIGO CIVIL

Autores:

José Verón y
Facundo Roldán Bulnes

Introducción

El análisis económico del derecho ha venido ganando importancia en el terreno académico en las recientes décadas; ésto probablemente ha sido porque algunos destacados economistas - como el premio Nobel Gary Becker - han incursionado con provecho en el y algunos elementos básicos de estos esquemas que forman parte obligada de las unidades introductorias de los programas de Economía en facultades de derecho y ciencias económicas.

Se ha dicho que en los EEUU los abogados se "hicieron cargo" de la fuerza de los avances de los economistas incorporando estas doctrinas de raíz y conceptos económicos a sus programas de estudio y a sus análisis. Este cuerpo doctrinario emergió fundamentalmente de la Universidad norteamericana de Chicago.

Nuestro tema de investigación será el

análisis del artículo 255 del Código Civil a la luz de esta perspectiva, así como de una reforma al texto de este artículo promovida por la Dra. Cecilia Grosman, analizada también desde esta perspectiva. Pero primero corresponderá hacer una breve incursión por las categorías más centrales que se puedan destacar en el análisis económico del derecho. Nuestra idea es enriquecer el análisis de este artículo con esta perspectiva del "Law & Economics", muchas veces no lo suficientemente valorada por los teóricos del derecho de familia.

Previamente, consideramos necesario tener presente el texto del artículo 255 del Código Civil:

"En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el registro civil efectuará la comunicación al ministerio público de menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el re -

conocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”.

Esto quiere decir, en otras palabras, que la madre cierta puede pedir al Estado que investigue la filiación paterna desconocida, pero con la salvedad de que si la madre desistiera de continuar con el proceso, el Estado no puede continuar de oficio con la investigación promovida por aquella.

La Dra. Grosman, entiende que el Estado debería continuar con la investigación, sin perjuicio de la falta de consentimiento de la primera interesada.

Hipótesis

Por el tipo de trabajo de investigación que pretendemos desarrollar las hipótesis serán obtenidas con posterioridad al trabajo propiamente dicho. No partimos de la base de una idea cierta, sí quizá de una posibilidad, pero no con la autoridad de hipótesis.

Formulación del problema

Nuestra intención es investigar el proyecto de reforma presentado por la Dra. Grosman al artículo 255 precedentemente transcrito a la luz del cuerpo de teorías y principios del análisis económico del derecho en consonancia con otras ciencias sociales afines.

El problema está dado por la utilidad de promover el cambio que la citada letrada propone, analizado más precisamente desde la óptica del Law Economist.

Es decir, que si viéndolo desde esta óptica la modificación propuesta sería eficiente para paliar los abusos cometidos en detrimento de los derechos a la integridad, al honor y a la personalidad de los menores, o no.

El tema está en descubrir si con la reforma se conseguirían los objetivos propuestos. Ver concretamente su eficiencia. Ver si existiría un mejoramiento de las condiciones de vida reales de los menores. Reiteramos que siempre viéndolo desde el cuerpo de doctrina que ya mencionamos.

Nosotros entendemos que para analizar esta problemática, sería interesante y novedoso tomar en consideración este tipo de análisis económico, además del que podría encararse desde el punto de vista estrictamente teórico en otra investigación.

Se requiere un exhaustivo análisis de lo que aquella óptica menciona como incentivos, resultado previsible y el resultado imprevisto para poder dar una acabada lectura al problema y sacar así correctas conclusiones.

Los hechos en la práctica resultan bastante claros, cuando las madres “extorsionan” a los denunciados como padres, para que a cambio de una cantidad de dinero, la madre retire la denuncia presentada contra aquél, quedando el menor en el mismo estado que antes de comenzada la investigación.

Lo que a todas luces va en contra de los derechos del menor. Nuestra intención no es ir más allá del análisis económico del derecho aplicado al pro-

yecto de reforma referenciado.

El análisis sería orientado concretamente al tema de los incentivos, beneficio marginal, disyuntivas, costo de oportunidad, etc. Conceptos todos que definiremos en el proyecto a presentarse oportunamente.

La investigación la realizaríamos con relación a su incidencia en el Gran Buenos Aires únicamente en los últimos 20 años, que justo coincide con el restablecimiento de la democracia en nuestro país.

En la redacción actual del art.255 del Código Civil, el ministerio público debe procurar la identificación y el reconocimiento paterno de los menores nacidos sin padre conocido. Son justamente, entre otras, cuestiones de índole económica las que influyen para la razón de ser de este dispositivo legal; la necesidad de, al proveer una filiación paterna, asegurar derechos hereditarios y alimentarios; esto ciertamente opera como un incentivo para que la madre de consentimiento para promover la acción judicial correspondiente, y esto es de interés para el menor, por lo que parece que la norma brinda incentivos para que los individuos se comporten eficientemente y se manejen con precaución.

Pero en la inteligencia actual de la norma, si la madre no brinda consentimiento para iniciar la acción de determinación de la paternidad, ésta no se puede realizar de oficio. Otra interpretación se puede hacer de esto; se ha dicho que padres inescrupulosos pueden "arreglar" con la madre, a cambio

de una suma de dinero, que la investigación no continúe. Así el menor queda desprotegido a cambio de una inmediata compensación que no tiene en cuenta las consecuencias a largo plazo.

La disyuntiva a la que se enfrenta la madre a la que le hacen esta "oferta" muchas veces no le deja margen de opción muy grande, la realidad económico - social de las últimas décadas es por todos conocida. No le es relevante el costo de oportunidad ni lo puede tener en cuenta, a veces, de la decisión que puede llegar a tomar, esto es "arreglar" por una suma de dinero actual, ni puede ser consciente las más de las veces del riesgo que se asigna a la persona que acaba de venir a este mundo.

Investigaciones recientes de la Dra. Cecilia Grosman y del Dr. Carlos Arianna, referente a la aplicación práctica del citado artículo legal, demuestran que las más de las veces, no sólo por razones económicas sino también por razones de índole sociocultural, las madres en cuestión no concurren a las asesorías de menores a formular las denuncias, y de hecho, la filiación paterna no se investiga.

Directamente, estos autores proponen que *"...la asistencia materna debe asumir el carácter de una carga pública, ya que están en juego el interés y los derechos del menor...debemos alentar una actitud activa de la madre. Si dejamos todo librado a su voluntad no haremos más que mantener el esquema tradicional y, en consecuencia, en nada mejoraremos la situación del niño."*

En “hacia una mayor efectividad del Artículo 255 del Código Civil”, los autores (Grosman y Arianna) dicen en la parte medular:

“La ley actual no obliga a la madre a identificar al padre. A nuestro entender es necesario establecer que la madre debe brindar la máxima colaboración en orden a individualizar al otro progenitor. La posibilidad del silencio genera un efecto perverso no querido, pues el “derecho a callar” de la madre significa acordar al hombre el derecho a abdicar de su responsabilidad paterna. No parece que tuviere un sentido lógico y ético que la justicia haga lugar a la reparación del daño producido al menor debido a la falta de reconocimiento paterno y, al mismo tiempo, la ley deje librado el emplazamiento filial a la voluntad de la madre, con lo cual ésta se hace cómplice de una conducta ilícita. En otras palabras: no es posible admitir el derecho de la madre a crear las condiciones para que se produzca el daño que luego pretende ser reparado mediante una indemnización. Incluso un fallo ha afirmado la responsabilidad de la madre por no haber reclamado oportunamente la filiación en representación de su hija, pues de ese modo contribuyó al daño que el demandado causó a la niña por la falta de reconocimiento”.

Parece haber un mayor equilibrio eficiencia—equidad en esta última solución, que en materia extracontractual es más deseable de ser alcanzado. Igualmente queda demostrado que por consideraciones de eficiencia sería una reforma deseable. Los incentivos,

centrales en el análisis económico, fomentan el comportamiento responsable y la conducta precavida. El riesgo se asigna eficientemente entre los individuos relevantes. Se elimina una disyuntiva odiosa, con un costo de oportunidad demasiado alto.

Si es difícil - si es que es posible - regular la economía desde el derecho, al menos no es poco útil enriquecer y reforzar el análisis jurídico, con fundamentos económicos.

Marco teórico

El análisis económico, en general, suele aceptar ciertos postulados, a la manera de axiomas, en los que luego se basa y que generalmente será fundamental recordar y tener presente para la validez de los análisis mas refinados.

Así, se deben mantener ciertas “ideas fuerza” sobre, al menos:

- a) los principios que gobiernan la toma individual de decisiones.
- b) los principios que regulan la interacción humana.
- c) los principios acerca del funcionamiento de la economía en su conjunto.

Para el tema en estudio, son de capital importancia el primer grupo de principios. Dados los temas particulares de que se ocupan, son de mucha menor pertenencia y/o pertinencia el segundo grupo; y, menos aún, el tercer grupo de principios (sobre el funcionamiento de la economía en su conjunto).

La pregunta clave es este tema es: ¿Cómo toman decisiones los individuos?

Primer Principio: Los individuos se enfrentan a disyuntivas.

Segundo Principio: El coste de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguirla.

Tercer Principio: Las personas racionales piensan en términos marginales.

Cuarto Principio: Los individuos responden a los incentivos.

En términos económicos es clara la aparición de las disyuntivas; dos cursos o proyectos de inversión normalmente se presentan como alternativos; esto es, o ponemos nuestros recursos escasos para conseguir determinados beneficios, teniendo en cuenta los costos y previendo una logística, o los ponemos en otro proyecto o curso de acción que por la relación costo—beneficio nos conviene más, o en base a otras consideraciones preferimos.

Una de las disyuntivas más famosas del Law & Economics es la disyuntiva eficiencia-equidad; normalmente es muy difícil obtener buenos resultados en ambos objetivos sociales al mismo tiempo, esto es así porque la lógica de acumulación - eficiencia va en contra de la lógica de distribución -equidad, y la precede. La torta es más grande cuanto más desaparece la parte; así se suele argumentar que cuando el estado redistribuye la renta de los ricos a favor de los pobres, reduce la retribución que se obtiene cuando se trabaja

arduamente, por lo que los individuos trabajan menos y producen menos bienes y servicios. Este sería un elemental análisis de política tributaria, basado en el Trade-Off entre eficiencia y equidad.

En la misma línea, se tendrá una idea verdadera del verdadero coste de una "cosa" si sabemos exactamente a que estamos renunciando para obtenerla, es decir, si conocemos el "coste de oportunidad" o las ventajas que estamos perdiendo por desechar la mejor alternativa que desecharnos por elegir la que hemos preferido.

Todo esto porque nos suponemos personas racionales, ya que estamos aceptando que entre sentimientos y afectos, voliciones y acciones, pensamientos y raciocinios, este último factor sigue teniendo un papel decisivo y determinante. Así también aceptamos que como personas racionales, pensamos y optamos más en términos marginales que en términos medios, es decir que comparamos principalmente beneficios y costos marginales y no medios.

Por ejemplo, un estudiante de tercer año de la facultad, para saber si le conviene terminar la carrera, hará bien en comparar los costos de los últimos dos años que le faltan, y no los costos medios de su escolaridad desde que inició la escuela primaria.

Los incentivos en general, desempeñan un importante papel en la determinación de la conducta. Se los percibe como más ganancia, mayor satisfacción o utilidad, o mayor placer o bienestar en el futuro, si se opta

por determinado curso de acción. En este tema, es de capital importancia que las consecuencias de las decisiones de los poderes públicos, no siempre son tan evidentes. Habrá que distinguir entre efectos directos e indirectos y consecuencias mediatas e inmediatas.

Los principios de la interacción de los individuos se refieren al rol de la especialización y el comercio, el mercado y el estado.

Con estos fundamentos, podemos darle otra vuelta de tuerca al análisis e incorporar otras nociones:

Esto lo haremos fundamentalmente a través de preguntas claves;
Cuestión Eficiencia –Equidad:

¿Debería ser la eficiencia el único criterio utilizado para valorar las normas jurídicas, o debería tenerse en cuenta también la equidad?

Relacionado con la Eficiencia: La Cuestión del Incentivo:

¿Crea la norma jurídica incentivos para que las empresas y los individuos relevantes se comporten eficientemente?

Relacionado con la Eficiencia: La Cuestión de la Asignación del Riesgo:

¿Asigna eficientemente la norma jurídica el riesgo entre las empresas o individuos relevantes?

Relacionado con la Cuestión del Incentivo: La Decisión de Tomar Precauciones.

Relacionado con la Cuestión del Incen-

tivo: La Decisión del Nivel de Actividad.

El análisis económico del derecho tiene posición tomada sobre estas cuestiones; prefiere el criterio de la eficiencia, tanto para relaciones contractuales como extracontractuales, aunque con más fundamento en el caso del derecho contractual. Se introduce el tema del riesgo, y las dos posibilidades; los individuos neutrales al riesgo y la hipótesis más realista de los individuos con aversión al riesgo. La cuestión del incentivo se manifiesta en el incentivo que se da para tomar precauciones y para regular el nivel de actividad.

Diseño de la prueba

El trabajo sería de matiz exploratorio y en cierta medida descriptivo. Exploratorio porque buscaremos respuestas al problema planteado en cuanto a la utilidad de una reforma en tal sentido, analizaremos la conveniencia o no de promulgar la misma desde una óptica particular, la del análisis económico del derecho. Será netamente exploratoria porque inclusive buscaremos las hipótesis en la misma investigación. Y descriptivo, porque de alguna manera describiremos una realidad concreta como es el caso de los menores en estas circunstancias familiares. Desde el punto de vista de la metodología creemos que usaríamos formas mixtas, es decir, cuantitativas y cualitativas. Ya que importan ambos aspectos en nuestra investigación, los números involucrados y las cualidades teóricas de la reforma y sus oposiciones y de las personas en cuestión.

Pensamos realizar dos tipos de entrevistas: Unas a los Dres/as. Arianna, Grosman y Bueres, para que nos den su perspectiva sobre el tema. La idea es analizar las cualidades teóricas de la reforma en conjunto con estos doctrinarios. Y otras a madres que presten su consentimiento para la investigación de la paternidad, a fin de analizar el tema de incentivos y realidad económica personal.

Como fuente de información secundaria, exploraremos en las estadísticas del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, del primer cordón (Matanza, Lomas de Zamora, Morón, San Isidro, etc.), cuántas demandas por reconocimiento de paternidad se han iniciado y cuántas han terminado (resultado, de ser posible).

Asimismo, estudiaremos los registros de los Registros Civiles, correspondiente a dichas zonas, a fin de obtener los datos relacionados con la cantidad hijos "sin padres" inscriptos.

La idea es relevar todos estos datos de los últimos 20 años.

Conclusiones

Por el tipo de trabajo solicitado, al no llevar a cabo físicamente la investigación no podemos brindar ninguna conclusión al respecto.

Bibliografía

Legislación

1. "Constitución de la Nación Argentina". 1994.
2. "Código Civil de la República Argentina". Con las notas de Velez Sarsfield. AZ Editora. 1989.

Doctrina

1. Cooter, Robert y Ulen, Thomas. "Law and economics". 1998.
3. Barnes, David y Lynn Scout. "Case book on Law and Economics". 1992.
4. Polinsky, A. Mitchell. "An introduction of Law and Economics". 1989.
5. Posner, Richard. "Economic analysis of Law". 1992.
6. Merryman, John H. "The civil law tradition. An introduction to the legal system of Western Europe and Latin America." 1985.
7. Levi, Maurice. "Thinking Economically". 1985.
8. Miller, Robert y Douglass c. North. "The Economics of Public Policy Issues". 1984.
9. Grosman, Cecilia. "Proyecto de reforma al Código Civil de la República Argentina".